PRINCIPII

DI

DIRITTO CIVILE

PRINCIPII
DI
DIRITTO CIVILE

PER

F. LAURENT
Professore dell'Università di Gand

PRIMA TRADUZIONE ITALIANA

SECONDA EDIZIONE DILIGENTEMENTE RIVEDUTA E MIGLIORATA

CON RAFFRONTI ED APPENDICI

CONCERNENTI LA LEGISLAZIONE E LA GIURISPRUDENZA ITALIANA

VOLUME VII

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Disciplini, 15

1899

INDICE DELLE MATERIE

TITOLO III.

DELL'USUFRUTTO, DELL'USO E DELL'ABITAZIONE.

(*Continuazione*).

Sezione IV. — *Obbligazioni dell'usufruttuario* (*Continuazione*).

§ III. — *Obbligazioni dell'usufruttuario durante il godimento.*

N. 3. — *Pesi dell'usufrutto.*

I. — *Pesi annuali che gravano la rendita.*

II. — *Dei pesi che gravano sulla piena proprietà.*

III. — *Modo della contribuzione.*

SEZIONE V. — *Diritti ed obbligazioni del nudo proprietario.*

§ I. — *Diritti del nudo proprietario.*

N. 1. — *Diritto di disposizione.*

N. 2. — *Atti di godimento.*

§ II. — *Obbligazioni del nudo proprietario.*

§ III. — *Rapporti del nudo proprietario e dell'usufruttuario.*

Sezione VI. — *Come si estingue l'usufrutto.*

§ I. — *Delle cause d'estinzione. La morte dell'usufruttuario.*

N. 2. — *Decorrenza del termine.*

N. 3. — *La consolidazione.*

N. 4. — *Il non-uso.*

N. 5. — *Perimento della cosa.*

N. 6. — *Della rinuncia.*

N. 7. — *Abuso di godimento.*

N. 8. — *Delle cause d'estinzione che derivano dal diritto comune.*

1. — *Risoluzione. Revocazione. Annullamento.*

CAPITOLO II.

DELL'USO E DELL'ABITAZIONE.

§ I. — *Nozioni generali.*

§ II. — *Come si costituisca il diritto d'uso.*

§ III. — *Diritti dell'usuario.*

§ IV. — *Obbligazioni dell'usuario.*

§ V. — *Estinzione dell' uso.*

TITOLO IV.

DELLE SERVITÙ O SERVIZI PREDIALI.

CAPITOLO I. — Nozioni generali.

§ I. — *Che cosa è una servitù.*

§ II. — *Caratteri delle servitù reali.*

N. 1. — *Due fondi.*

N. 3. — *Realità della servitù.*

N. 4. — *Perpetuità della causa.*

N. 5. — *Indivisibilità delle servitù.*

§ III. — *Differenza tra la servitù e la proprietà.*

N. 1. — *Della proprietà esclusiva.*

N. 2. — *Della comproprietà.*

§ IV. — *Classificazione delle servitù.*

§ V. — *Principii d'interpretazione.*

CAPITOLO II. — DELLE SERVITÙ CHE DERIVANO DALLA SITUAZIONE DEI LUOGHI.

SEZIONE I. — *Dei corsi d'acqua.*

N. 1. — *Delle sorgenti.*

I. — *Proprietà delle sorgenti.*

II. — *Diritti dei proprietari inferiori.*

N. 3. — *Degli stagni.*

I. — *Proprietà degli stagni.*

II. — *Diritti dei proprietari adiacenti.*

N. 4 — *Delle acque correnti.*

I. — *Proprietà delle acque correnti.*

a) Dei corsi d'acqua navigabili.

b) Dei corsi d'acqua artificiali.

c) Dei corsi d'acqua non navigabili.

II. — *Diritti dei rivieraschi dei corsi d'acqua non navigabili.*

a) Chi è rivierasco.

b) Diritto del rivierasco quando l'acqua costeggia il suo fondo.

c) Diritti del rivierasco il cui fondo è attraversato dall'acqua.

d) Regole comuni a tutti i rivieraschi.

a) Delle convenzioni tra rivieraschi.

f) Della prescrizione.

III. — *Potere regolamentare dell'autorità amministrativa.*

a) Regolamenti generali.

b) Delle concessioni.

IV. — *Potere regolamentare dei tribunali*

a) Obbietto di questo regolamento.

N. 3. — *Delle servitù relative all'irrigazione.*

I. — *Della servitù d'acquedotto.*

a) Principio.

b) Condizioni — Il diritto alle acque.

c) Seconda condizione. Interesse della irrigazione.

d) Costituzione della servitù.

II. — *Servitù di scolo delle acque d'irrigazione.*

III. — *Servitù di appoggio.*

IV. — *Disposizioni generali.*

N. 4. — *Servitù di scolo in caso di inondazione e di prosciugamento.*

I. — *Inondazione.*

II. — *Servitù di passaggio pel prosciugamento.*

Sezione II. — *Del regolamento dei confini.*

§. I. — *Principio e condizioni.*

§ II. — *Chi può intentare l'azione di regolamento di confini.*

§ III. — *Dell'azione di regolamento di confini.*

§ IV. — *Scopo del regolamento di confini.*

§ V. — *Effetti del regolamento di confini.*

Sezione III. — *Della chiusura dei fondi.*

§ I. — *Principio.*

SEZIONE II. — *Delle servitù legali di utilità pubblica.*

§ I. — *Enumerazione.*

N. 1. — *Del marciapiede.*

N. 2. — *Servitù di viabilità.*

N. 3. — *Delle altre servitù legali di pubblica utilità.*

§ II. — *Principii generali concernenti le servitù legali di pubblica utilità.*

Sezione III. — *Delle servitù legali stabilite per l'utilità dei privati.*

§ 1. — *Della comproprietà con comunione forzata.*

N. 1. — *Principii generali.*

N. 2. — *Del caso previsto dall'art. 664.*

§ II. — *Della medianza.*

N. 1. — *Definizione.*

N. 2. — *Dei muri comuni.*

I. — *Quando i muri sono comuni.*

b) Quando cessano le presunzioni di comunione.

1. — *Della prova contraria.*

2. — *Del titolo contrario.*

3. — *Dei segni che il muro non è comune.*

4. — *Della prescrizione.*

III. — *Obbligazioni derivanti dalla medianza.*

a) Riparazioni o ricostruzioni.

3. — *Conseguenze dell'alzamento.*

a) Limite dei diritti risultanti dalla medianza.

N. 3. — *Dei fossi comuni.*

I. — *Quando i fossi sono comuni.*

II. — *Diritti ed oneri risultanti dalla comunione.*

N. 4. — *Delle siepi comuni.*

I. — *Quando le siepi sono comuni.*

INDICE DELLE APPENDICI

TITOLO III.

Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione

(*Continuazione*)

CAPITOLO I. — Dell'usufrutto (*Continuazione*).

Sezione IV. — Delle obbligazioni dell'usufruttuario (*Continuazione*).

§ III. — *Delle obbligazioni dell'usufruttuario durante il godimento.*

N. 3. — Dei pesi dell'usufruttuario.

I. — Dei carichi annuali che gravano sulle rendite.

1. « L'usufruttuario è tenuto, durante l'usufrutto, a tutti i carichi annuali del fondo, come sono i tributi ed altri pesi che secondo la consuetudine gravano i frutti » (art. 608). Dal testo che abbiamo trascritto emerge chiaro il motivo per cui la legge impone questi pesi all'usufruttuario: egli percepisce tutti i frutti durante il suo godimento; ora, vi sono imposizioni stabilite nel pubblico interesse, le quali si prelevano sui frutti; a questo titolo l'usufruttuario vi dev'essere tenuto. Il codice porge come esempio i tributi, ma non distingue tra le diverse specie dei medesimi: qualunque sia la base dell'imposta, essa colpisce l'usufruttuario, purchè sia, come dice l'art. 608, un peso sui frutti, e tali sono appunto le contribuzioni che lo Stato esige dai privati. Queste non si prelevano sul capitale, ma sulla rendita, e debbono quindi gravare sull'usufruttuario che percepisce tutta la rendita. Ecco perchè, secondo l'art. 608, egli ne è tenuto: il che include una obbligazione personale, nel senso che l'usufruttuario è inscritto sul ruolo dei contribuenti, a differenza degl'inquilini ed affittuarii, i quali non sono inscritti sui ruoli, almeno per l'imposta fon-

diaria, quantunque in virtù del loro contratto siano spesso obbligati a pagarla; in questo caso, essi sono debitori verso il locatore, mentre l'usufruttuario è invece debitore verso lo Stato.

Il codice aggiunge che lo stesso accade degli altri pesi che secondo la consuetudine gravano i frutti. Tali sono anzitutto i tributi cui sono obbligati gli abitanti di un comune e d'una provincia a vantaggio rispettivamente del comune e della provincia. Noi non parliamo soltanto dei centesimi addizionali che formano parte delle contribuzioni pubbliche, nel senso che sono percepite contemporaneamente all'imposta principale, quantunque il prodotto sia versato nelle casse del comune e della provincia. Vi sono altre imposte che vengono direttamente percepite dal comune e dalla provincia, e che, prelevandosi eziandio sulla rendita, sono a carico dell'usufruttuario. É necessario, come sembra dir la legge, che queste imposizioni siano *annuali* perchè l'usufruttuario sia tenuto a soddisfarle? No; ordinariamente esse sono perpetue e si percepiscono in ciascun anno, ed è perciò che la legge parla di carichi *annuali*. Ma l'usufruttuario vi sarebbe tenuto, ancorchè il carico non fosse permanente; così è dei centesimi addizionali che talvolta vengono imposti in circostanze straordinarie; così sarebbe altresì delle imposizioni in natura, come la requisizioni in tempo di guerra. Perchè i carichi pubblici siano sopportati dall'usufruttuario, basta una sola condizione, cioè che vengano imposti sulla rendita. È alla stregua di questo carattere che bisogna decidere se le contribuzioni straordinarie, imposte sotto forma di centesimi addizionali, debbano essere sopportate dall'usufruttuario (1).

2. Lo stesso è a dirsi di ogni peso pubblico che colpisca la rendita. Tale è l'obbligazione che incombe ai rivieraschi dei corsi d'acqua non navigabili di contribuire alle spese della loro polizia (2). É sopratutto dei carichi pubblici che il codice intende parlare, poichè porge come esempio le contribuzioni. Vi sono altresì dei carichi che risultano da convenzioni o dal titolo costitutivo dell'usufrutto. Perchè l'usufruttuario sia tenuto ad un carico convenzionale, occorre che questo costituisca un diritto reale; tali sono le ipoteche e le servitù che gravano il fondo di cui ha il godimento. Quanto alle obbligazioni personali, l'usufruttuario non vi è tenuto se non quando vi sia interessato a ragione del godimento della cosa, ovvero se gli siano state imposte dal titolo costitutivo dell'usufrutto. Le obbligazioni convenzionali concernenti nel contempo il godimento e la nuda proprietà si ripartiscono tra il nudo proprietario e l'usufruttuario, come diremo in appresso.

---

(1) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 137, n. 206. DEMOLOMBE, t. X, p. 552, n. 601. AUBRY e RAU, t. II, p. 499, e nota 24.

(2) Legge del 14 fiorile anno XI. PROUDHON, t. IV, p. 227, n. 1793. DALLOZ, alla parola *Usufruit*, n. 558, enumera questi pesi

3. Qual'è l'estensione di questi carichi? L'art. 608 dice che l'usufruttuario vi è tenuto *durante il suo godimento.* Ciò vuol dire ch'egli vi è tenuto in ragione della durata del suo godimento. Essendo temporaneo il suo diritto, temporanei altresì debbono essere i pesi ch'egli sopporta. Bisogna dunque applicare, per analogia, ai carichi ciò che la legge dice dei frutti civili; come l'usufruttuario percepisce questi ultimi giorno per giorno, così è tenuto agli altri giorno per giorno (1). Ciò sarebbe perfettamente equo se tutti i frutti si percepissero, come i frutti civili, in proporzione della durata del godimento. Ma i frutti naturali non appartengono all'usufruttuario che allorquando sono separati dal fondo. Se dunque egli stesso provvede alla coltivazione, potrà avvenire che guadagni tutti i frutti dell'annata durante un godimento dei tre mesi, quantunque non sia tenuto ai pesi che in ragione dei tre mesi, che l'usufrutto ha durato. Al contrario, egli può essere tenuto ai pesi per sei mesi, senza aver percepito alcun frutto. V'ha di più. Se nel suo usufrutto vi è un bosco di alto fusto, egli dovrà soddisfare l'imposta fondiaria per tutta la durata del suo diritto, quantunque non possa eseguirvi neppure un taglio. Simili rischi fanno dell'usufrutto un diritto aleatorio (2). Ciò conferma quanto abbiamo detto intorno al principio concernente i frutti: i pesi dovrebbero essere sempre proporzionati al diritto; dacchè questi maturano giorno per giorno, l'usufruttuario dovrebbe pure aver diritto a qualunque specie di frutti, giorno per giorno (3).

4. È questione se l'usufruttuario sia tenuto a questi carichi oltre il suo beneficio, *ultra vires,* come si dice nel linguaggio scolastico. Quanto ai pesi pubblici, non vi è il minimo dubbio. Abbiamo detto che l'usufruttuario vi sarebbe tenuto, ancorchè non avesse percepito alcun frutto. Se l'usufruttuario percepisse i frutti naturali nel modo stesso che i civili, il carico sarebbe sempre minore del beneficio, poichè le imposizioni pubbliche sono stabilite in modo da lasciare al possessore che le paga la maggior parte della sua rendita. La questione si presenta sopratutto per i carichi particolari che il titolo costitutivo impone all'usufruttuario. Proudhon è esitante; la tesi gli sembra dubbia: ma, trascinato dall'autorità della tradizione, finisce col dire che l'usufruttuario non è tenuto a questi carichi che fino alla concorrenza del suo beneficio. Ciò che l'ha deciso, è il principio in virtù del quale il solo successore universale è tenuto *ultra vires,* ed è ancor necessario che egli rappresenti la persona del defunto. Demolombe si schiera fra i sostenitori di questa opinione aggiungendo la sua riserva abituale, che, cioè, bisogna consultare i termini dell'atto e tutte le particolari circostanze della specie (4).

---

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 550. Demolombe, t. X, p. 557, n. 607.
(2) Proudhon, *De l'usufruit,* t. IV, p. 233-235, nn. 1805-1809.
(3) Vedi il tomo VI dei miei *Principii,* n. 394.
(4) Proudhon, t. IV, p. 246, nn. 1822 e 1823. Demolombe, t. X, p. 554, n. 605.

Noi non amiamo queste riserve che si fanno in favore delle circostanze della causa, perchè distruggono ogni idea di diritto. Ora, è ben questa una questione di diritto. Ci sembra che Proudhon confonda con i debiti i carichi che il titolo impone all'usufruttuario. Senza dubbio l'usufruttuario non è tenuto ai debiti *ultra vires,* poichè non vi contribuisce che relativamente agl'interessi. Ma i carichi sono regolati da principii affatto diversi. Vi è una prova evidente di ciò. L'usufruttuario di una cosa determinata non contribuisce mai ai debiti, neppure per gl'interessi; nondimeno egli sopporta i pesi pubblici di cui parla l'art. 608, e quelli eziandio che sono annessi al suo diritto in forza del titolo costitutivo. Egli è libero di non accettare l'usufrutto se i pesi gli sembrano troppo gravosi, libero pure di rinunciarvi se s'accorge che questi oltrepassano il beneficio; ma finchè rimane usufruttuario, deve sopportare i pesi cui si è sottoposto accettando l'usufrutto (1).

5. Al contrario, il titolo può affrancare l'usufruttuario dai pesi che dovrebbe sopportare in relazione alle rendite che percepisce. Il testatore può disporre che le imposte saranno sopportate, non dall'usufruttuario, ma dal suo erede. Va da sè che l'usufruttuario rimarrà obbligato verso lo Stato, poichè non appartiene ai privati di derogare alle leggi fiscali che attribuiscono allo Stato un'azione diretta contro l'usufruttuario. Ma l'usufruttuario che paga le imposte dalle quali il testatore lo ha affrancato. avrà regresso contro l'erede. Ciò non presenta alcun dubbio (2). Del pari, il titolo che impone dei pesi all'usufruttuario può limitarli allo ammontare delle rendite. Questi pesi sono puramente d'interesse privato ed è perciò lecito ai privati di regolarli a lor posta.

II. — Dei pesi che gravano sulla piena proprietà.

6. Vi sono pesi imposti sulla proprietà, vale a dire sul capitale; siccome, durante l'usufrutto, il capitale è diviso fra il nudo proprietario e l'usufruttuario, entrambi debbono contribuire al pagamento di questi pesi. L'art. 609 stabilisce il principio che l'usufruttuario li sopporta relativamente agli interessi. Tali sono le contribuzioni di guerra; esse non sono imposte sulla rendita; colui che le impone intende colpire la proprietà medesima; è in qualche modo una taglia che i proprietarii pagano, per riscattare le loro terre le quali pel diritto del più forte appartengono al vincitore. È la proprietà riscattata che deve soddisfare la taglia. Quando la proprietà non è frazionata, il solo proprie-

---

(1) Confronta Genty, *De l'usufruit,* p. 208, n. 255, e Dalloz, alla parola *Usufruit,* n. 561.
(2) Proudhon. t. IV, p. 221, n. 1782.

tario paga le contribuzioni di guerra; quando l'usufrutto n'è staccato, le due frazioni debbono contribuirvi: l'usufruttuario avendo il godimento, le sopporterà relativamente agl'interessi; il nudo proprietario, avendo il fondo, le sopporterà relativamente al capitale.

7. L'art. 609 dice che l'usufruttuario ed il proprietario contribuiscono ai pesi *imposti sulla proprietà durante l'usufrutto.* È questa la condizione sotto la quale l'usufruttuario è tenuto a tali carichi. Ma come bisogna intenderla? Secondo la lettera della legge, si potrebbe credere che l'usufruttuario non contribuisca a questi pesi se non quando siano stati costituiti durante il suo godimento, di guisa che se la contribuzione fosse stata imposta prima che incominciasse l'usufrutto, l'usufruttuario non vi contribuirebbe, ancorchè il pagamento non dovesse farsi che durante il suo godimento. Tale non è il senso della legge. I tributi sono dovuti, non dal giorno in cui sono imposti, ma da quello in cui debbono pagarsi. Se la contribuzione di guerra è comminata nel 1870 e pagabile immediatamente, il solo proprietario vi sarà tenuto nel caso in cui l'usufrutto non incominci che nel 1871. Sarebbe così, ancorchè, di fatto, il proprietario non avesse soddisfatto il peso; dal momento ch'è pagabile, esso diviene un debito personale del proprietario, deve pagarlo anche quando la sua proprietà sia smembrata. Ma se la contribuzione di guerra, imposta nel 1870, non fosse pagabile che nel 1871, sia pel totale, sia per la metà, l'usufruttuario vi dovrebbe contribuire per la parte che scade durante il suo usufrutto. Tutti sono d'accordo su questo punto (1).

8. Quali sono i pesi che gravano sulla proprietà? E come si possono distinguere da quelli i quali non colpiscono che il godimento? È difficile definire i caratteri che li differenziano. Così i centesimi addizionali possono essere una contribuzione imposta sulla rendita ovvero una contribuzione imposta sulla proprietà. Bisogna considerare la causa dell'imposta, l'ammontare del carico, i termini in cui è stabilito. Vi sono pesi che non lasciano alcun dubbio; tal'è un prestito forzoso. Quando lo Stato ricorre ad una simile misura è precisamente perchè l'imposizione sul reddito non basterebbe per far fronte ai bisogni straordinarii che si presentano in tempo di guerra o di rivoluzione; esso è dunque obbligato a rivolgersi al capitale; vale a dire che siamo nel caso previsto dall'art. 609 e che l'usufruttuario vi deve contribuire (2). Abbiamo già citate le contribuzioni di guerra. L'indennità ch'è dovuta agli intraprenditori come prezzo dei lavori di prosciugamento di maremme ordinati dal governo, colpisce altresì la proprietà; ciò che lo prova, è che il proprietario della

---

(1) Proudhon, t. X, p. 283, nu. 1860, 1861. Demolombe, t. X, p. 560, n. 611 e gli autori che cita.
(2) Proudhon, t. IV, p. 287, n. 1866.

maremma ha la facoltà di liberarsi dalla indennità coll'abbandonare una parte del fondo (1). Così è dell'indennità che i proprietarii debbono pagare allo Stato o alle compagnie concessionarie a ragione della plusvalenza che i loro fondi acquistano per la costruzione di un canale, d'una strada, di una diga (2). La causa dell'indennità n'è una prova certa: la proprietà aumenta di valore; è dunque la proprietà che deve pagare l'indennità, e per conseguenza l'usufruttuario vi deve contribuire, poichè la proprietà non può aumentare di valore senza che egli ne profitti.

9. Vi hanno altresì dei pesi d'interesse privato i quali, interessando nel contempo il godimento e la nuda proprietà, debbono essere sopportati dal nudo proprietario e dall'usufruttuario. Il testatore ha venduto un fondo con facoltà di riscatto; egli lega l'usufrutto di tutti i suoi beni. Se il riscatto è esercitato, il prezzo di vendita deve essere rimborsato al compratore. Ecco un carico che grava sulla piena proprietà; l'usufruttuario godrà del fondo riscattato, è dunque giusto che egli paghi l'interesse della somma che rappresenta questo godimento. Quando il defunto ha venduto l'immobile a prezzo vile, l'erede può domandare la rescissione per causa di lesione; se la vendita è rescissa, il prezzo dev'essere restituito al compratore; questo carico è sopportato dal proprietario e dall'usufruttuario, poichè entrambi ne profittano. Lo stesso è a dirsi di tutti quei casi in cui si faccia una spesa nell'interesse comune del proprietario e dell'usufruttuario. Si applicherà l'art. 609 quanto al principio di contribuzione e quanto al modo di ripartire la parte contributiva fra le parti interessate (3). Nondimeno vi è una differenza importante tra i carichi pubblici e quelli d'interesse privato; i primi debbono essere necessariamente soddisfatti, epperò tanto l'usufruttuario quanto il nudo proprietario sono obbligati a contribuirvi; gli altri sono volontarii, nel senso che dipende dalle parti interessate di agire per rescissione e per riscatto, o di non agire. Nasce allora la questione di sapere se l'usufruttuario deve consentire all'azione che avrà per risultato d'imporgli un carico nel tempo stesso che gli procurerà un beneficio. Ritorneremo su questo punto più innanzi.

Può darsi che il peso incomba tutto intiero al nudo proprietario, quantunque l'usufruttuario ne profitti. Il testatore lega l'usufrutto di una casa che non è intieramente compiuta alla sua morte. È stato deciso che l'erede fosse obbligato a condurre a fine la costruzione e che l'usufruttuario non dovesse contri-

---

(1) Legge del 16 settembre 1807, art. 21 e seg. PROUDHON, t. IV, p. 269, numero 1868.

(2) Legge del 16 settembre 1807, articoli 19-21, 30 e 38. DEMOLOMBE, t. X p. 561, n. 612.

(3) PROUDHON porge ancora altre applicazioni del medesimo principio, t. IV, p. 294, nn. 1877-1880.

buire alla spesa (1). Tutto dipende, in questa materia, dalla volontà del disponente. La questione dev'esser risoluta giusta i termini del testamento e secondo l'intenzione del testatore.

10. A norma dell'art. 609, l'usufruttuario ed il proprietario contribuiscono ai pesi imposti sulla proprietà nel modo seguente: « Il proprietario è tenuto a pagarli, e l'usufruttuario gli deve corrispondere l'interesse della somma pagata. Se l'usufruttuario ne anticipa il pagamento, ha diritto d'essere rimborsato del capitale alla fine dell'usufrutto. » Donde segue che, a differenza dei pesi *annuali* di cui l'usufruttuario è dichiarato debitore dalla legge, è il proprietario ch'è *obbligato,* vale a dire debitore dei pesi che gravano sulla proprietà, quantunque l'usufruttuario vi debba contribuire. È dunque il proprietario ch'è iscritto sul ruolo dei contribuenti, è lui che deve pagare. Può egli domandare che il fondo gravato d'usufrutto sia venduto, almeno in parte, all'effetto di soddisfare il peso? L'art. 612 attribuisce questo diritto al proprietario quando si tratta del pagamento dei debiti cui l'usufruttuario universale o a titolo universale contribuisce relativamente agli interessi; ma l'art. 609, relativo ai pesi, dice che il proprietario è obbligato a pagarli: è dunque costui il debitore principale. In tale qualità deve soddisfare il peso sopra i suoi beni; non può provocare la vendita dei beni gravati d'usufrutto; essi gli appartengono, è vero, quanto alla nuda proprietà che può essere da lui venduta; ma il godimento è proprietà dell'usufruttuario, ed egli non può provocare la vendita di un diritto che non gli appartiene; lo potrebbe soltanto in virtù di una disposizione formale della legge; ma il codice non gli dà questo potere (2). Qual'è la ragione della differenza che la legge stabilisce tra i pesi e i debiti? I pesi differiscono sotto molti rapporti dai debiti; essi gravano sulla cosa medesima, dunque sovra ogni detentore della cosa, e per conseguenza l'usufruttuario a titolo particolare vi deve contribuire al pari dell'usufruttuario di tutti i beni. Ma essi affettano anzitutto il fondo, poichè sono imposti sul capitale; è dunque il proprietario ch'è il vero debitore, e per conseguenza deve pagare, salvo il regresso contro l'usufruttuario; essendo tenuto a pagare deve naturalmente pagare sopra i suoi beni. I debiti essendo invece un carico della persona, l'usufruttuario universale vi è tenuto, relativamente agl'interessi, al medesimo titolo che il proprietario relativamente al capitale; donde il legislatore deduce la conseguenza che se l'usufruttuario non voglia far l'anticipazione, il nudo proprietario deve avere la scelta o di pagare il debito, o di far vendere una porzione dei beni soggetti all'usufrutto.

Vi hanno tuttavia dei casi in cui il proprietario può provocare la vendita. Anzitutto, in virtù della legge 16 settembre 1807

(1) Caen, 27 febbraio 1849 (Dalloz, 1849, 2, 196).
(2) Proudhon, t. IV, p. 285, n. 1863. Aubry e Rau, t. II, p. 500 e nota 27.

il proprietario può cedere una parte del fondo in pagamento dell'indennità che deve al concessionario dei lavori di prosciugamento (n. 8). Ancora, se il nudo proprietario è sprovvisto di ogni risorsa e l'usufruttuario non vuol fare l'anticipo del capitale, si ammette che i tribunali possano autorizzare il primo a vendere una parte dei beni soggetti all'usufrutto (1). Ciò è però dubbio; i tribunali non possono, ci sembra, nel silenzio della legge, autorizzare il nudo proprietario a vendere l'usufrutto che non gli appartiene. Il debitore è lui; se non paga, lo Stato od il creditore agiranno sulla nuda proprietà e la faranno vendere, salvo in seguito al nudo proprietario di esercitare il suo regresso contro l'usufruttuario. Il mezzo della vendita di una porzione dei beni soggetti all'usufrutto è senza dubbio più semplice e più giovevole al nudo proprietario, poichè la nuda proprietà ha un valore limitato; ma ci sembra impossibile che il giudice, in questa materia, supplisca al silenzio della legge. Molto meno ancora possiamo ammettere che il nudo proprietario abbia sempre il diritto di provocare la vendita dei beni gravati d'usufrutto. É di diritto comune, si dice, che il debitore possa, con una vendita volontaria, prevenire la vendita forzata dei suoi beni (2). Ciò è più che evidente; ma si dimentica che l'usufrutto non appartiene al nudo proprietario. Ora, possono i tribunali autorizzarmi a vendere ciò che non mi appartiene?

11. Quanto all'usufruttuario, esso non è tenuto, a rigor di principio, che a corrispondere al nudo proprietario gl'interessi della somma da questi pagata. L'art. 609 dice che se egli anticipa questa somma, può ripeterla al termine dell'usufrutto. Egli non è quindi obbligato a fare l'anticipo, non è debitore; lo Stato od il creditore non hanno alcuna azione contro di lui. Ma se il nudo proprietario non paga, l'usufruttuario, ove il voglia, può fare tale anticipazione. Egli paga allora pel nudo proprietario, ed in tanto ha il diritto alla ripetizione, in quanto paga ciò che quest'ultimo sarebbe obbligato a pagare. Può egli esercitare immediatamente tale diritto? No, poichè deve contribuire al peso relativamente all'interesse e non può quindi godere di questo interesse durante il suo usufrutto. In tale guisa, egli sopporterà il peso nella misura del suo godimento.

È applicabile l'art. 609 ai debiti che costituiscono un carico puramente reale del fondo soggetto all'usufrutto? Tal'è il caso dei debiti per la cui garanzia il fondo è gravato da un privilegio o da una ipoteca, senza che vi sia un'obbligazione personale a carico del nudo proprietario. Il creditore ha diritto di procedere contro l'usufruttuario come detentore del fondo affetto da un ipoteca o da un privilegio. Se l'usufruttuario

(1) Vedi le autorità citate da Aubry e Rau, t. II, p. 500, nota 23, e da Dalloz, alla parola *Usufruit*, nn. 571, 572.
(2) Genty, *De l'usufruit*, p. 191, n. 233.

paga il debito per evitare l'espropriazione, egli ha il regresso contro il debitore principale; su questo punto, non vi è dubbio: è l'applicazione dei principii che regolono la surrogazione (art. 1251, n. 3). Ha egli altresì regresso contro il nudo proprietario e qual'è l'obietto di questo regresso? La difficoltà sta nel sapere se bisogna applicare l'art. 612 o l'art. 609. L'art. 612 non è applicabile, poichè suppone che si tratti di un debito al quale il proprietario è tenuto come debitore personale; ora, nella specie, il debito è estraneo al proprietario. Sarà applicabile l'art. 609? Vi è qualche dubbio. Il nudo proprietario non può forse dire che questo debito non è un peso che grava la proprietà, nel senso almeno che egli non è *tenuto* a pagarlo come debitore? È vero che il nudo proprietario non è tenuto come debitore personale, ma è tenuto come possessore dell'immobile ipotecato, poichè anch'egli è possessore quanto alla nuda proprietà come l'usufruttuario lo è quanto al godimento. Si tratta adunque di uno di quei pesi pei quali si può procedere contro il nudo proprietario, e che egli deve soddisfare se vuole evitare l'espropriazione dell'immobile. Ma siccome non è debitore personale, più di quanto lo sia l'usufruttuario, non deve sopportare definitivamente il debito se l'ha pagato come terzo detentore, più che nol debba l'usufruttuario, se l'ha pagato lui. Donde una difficoltà relativamente al regresso che possono avere l'un contro l'altro, in virtù dell'art. 609. Poichè vi è un terzo debitore contro cui l'usufruttuario o il nudo proprietario possono agire, la loro azione dev'essere innanzi tutto diretta contro di lui, e se questi paga, non vi è più luogo a ripetizione tra il nudo proprietario e l'usufruttuario. Ma che si deciderà se il debitore personale non paga? Rimane allora un peso reale cui era obbligato il fondo e per conseguenza il proprietario. Quindi se l'usufruttuario ha pagato, avrà il suo regresso contro il nudo proprietario pel capitale, alla fine dell'usufrutto; e se il nudo proprietario ha pagato, ha il suo regresso immediato contro l'usufruttuario per gl'interessi che sono a carico di quest'ultimo durante l'usufrutto (1).

12. Questi principii si applicano altresì alle rendite dette *fondiarie*. Nell'antico diritto, esse costituivano un onere reale che doveva essere soddisfatto dall'usufruttuario come detentore del fondo, e senza alcuna ripetizione contro il debitore perchè il debito gravava direttamente sul fondo (2). Quando si discusse il titolo dell'*Usufrutto* al Consiglio di Stato, Jollivet domandò se l'usufruttuario dovesse esser tenuto a pagare queste rendite; Tronchet e Treilhard risposero che le rendite fondiarie erano un carico

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 501, e nota 31. PROUDHON, t. II, p. 256, n. 1832. DEMOLOMBE, t. X, p. 458, n. 526.
(2) POTHIER, *Du Douaire*, n. 230.

dell'usufrutto (1). Proudhon non esita a schierarsi con quest'opinione; egli giunge sino a dire che tutto è errore nel sistema contrario (2). Dal canto suo, Marcadé accusa Tronchet e Treilhard di versare in un errore evidente e rimprovera loro di non aver considerato che non vi è più rendita fondiaria (3). Vengono infine Ducaurroy ed i suoi collaboratori che rilevano il rimprovero indirizzato un po' alla leggiera a Tronchet giureconsulto eminente, e constatano che Marcadé si è ingannato. All'epoca in cui il titolo dell'*Usufrutto* fu discusso, le rendite fondiarie non erano ancora definitivamente soppresse, giacchè l'art. 530 non fu emanato che il 31 marzo 1804, in virtù d'una legge speciale (4). Ecco molti errori sovra un punto di diritto che non presenta alcun dubbio; è una lezione d'indulgenza e di moderazione. È certo che in forza dell'art. 530, le rendite fondiarie han cessato di essere un peso reale; non è più il fondo che deve, ma il debitore personale della rendita, dunque la rendita è regolata dai principii di diritto comune che noi abbiamo or ora esposti. Se il fondo sottoposto all'usufrutto è ipotecato per una rendita, l'usufruttuario, in base all'istanza del creditore ipotecario, deve pagarla nella sua qualità di detentore; egli avrà un'azione di regresso, ma contro chi? Contro il debitore della rendita, s'intende da sè. Supponiamo che il nudo proprietario non sia il debitore. Se il debitore personale non paga, l'usufruttuario avrà un regresso, alla fine dell'usufrutto, contro il nudo proprietario, in virtù dell'art. 609 (5). Invano il nudo proprietario direbbe che non essendo debitore, l'usufruttuario non ha pagato in suo profitto; egli era tenuto come possessore del fondo ipotecato, poteva dunque essere espropriato e per conseguenza l'usufruttuario ha realmente pagato a suo vantaggio, poichè ha prevenuta l'espropriazione; essendo entrambi interessati in questo senso al pagamento del debito, è giusto che vi contribuiscano, quantunque nessuno di essi sia debitore.

13. L'usufruttuario può essere altresì tenuto a pagare la tassa di successione che l'erede nudo proprietario deve soddisfare in virtù della legge del 22 frimaio anno VII. Troverà qui applicacazione l'art. 609? Vale a dire, l'usufruttuario non avrà l'azione in regresso che alla fine dell'usufrutto, e dovrà sopportare questo debito relativamente agl'interessi? No; qui si tratta di un vero debito cui l'erede è tenuto personalmente in causa del trasferimento della proprietà; solo per facilitare il ricupero, la legge permette al fisco di agire contro il detentore del fondo. L'usufruttuario paga dunque un debito del nudo proprietario, e

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 27 vendemmiale anno XII, n. 24, (Locré, t. IV, p. 118).
(2) Proudhon, t. IV, p. 257, n. 1834.
(3) Marcadé, t. II, p. 498, n. XI, dell'art. 611.
(4) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 137, n. 106.
(5) Aubry e Rau, t. II, p. 501 e nota 32.

perciò gli deve spettare un regresso immediato. Ciò che dimostra che egli non paga un debito proprio, è che egli stesso deve pagare un diritto di trasferimento in forza del suo usufrutto, non può essere dunque affatto tenuto per quello imposto al nudo proprietario, e per conseguenza non vi deve contribuire. In questo senso fu deciso più volte dalla Corte di cassazione. Nell'ultima specie presentata innanzi la Corte, la questione si complicava con una nuova difficoltà. L'erede nudo proprietario aveva accettato con beneficio d'inventario, ed è pacifico in giurisprudenza che l'erede beneficiato il quale ha soddisfatto il diritto di trasferimento con denaro suo può calcolarlo nel conto che deve rendere ai creditori. Donde si concludeva che l'erede poteva altresì opporre il suo beneficio d'inventario al legatario universale dell'usufrutto, quanto al diritto di trapasso che costui aveva pagato, di guisa che l'usufruttuario non avrebbe avuto regresso che contro l'eredità. La Corte ha respinto questo sistema; beneficiato o no, l'erede è debitore personale del diritto di trasferimento, egli deve dunque soddisfarlo e per conseguenza l'usufruttuario che ha pagato per lui può agire in ripetizione contro l'erede, salvo a costui di regolare il suo conto con i creditori: simili controversie non riguardano l'usufruttuario (1).

III. — Spese di lite.

14. A termini dell'art. 613: « L'usufruttuario non è tenuto che per le spese delle liti concernenti l'usufrutto, e per le condanne a cui le stesse liti potessero dar luogo. Decidendo che l'usufruttuario è tenuto alle spese delle liti concernenti l'usufrutto, la legge suppone che il nudo proprietario non abbia alcuna obbligazione come costituente. Ciò è vero quando l'usufrutto è stato costituito a titolo gratuito; ma se è stato stabilito con un atto a titolo oneroso, che obblighi il costituente alla garantia, come la vendita, si debbono applicare i principii generali che regolano le obbligazioni del venditore; tenuto a garentire l'usufruttuario contro qualunque evizione egli deve difenderlo e per conseguenza sopportare le spese cui l'azione dà luogo (2). Noi lasciamo da parte questo caso; è al titolo della *Vendita* che esporremo i principii concernenti la garantia.

15. Colui nell'interesse del quale la lite è sostenuta, deve sopportarne le spese. Se la lite concerne esclusivamente il godimento, vi è interessato il solo usufruttuario; egli soltanto sarà dunque tenuto alle spese. È quel che dice l'art. 613. Al contrario,

(1) Sentenza di cassazione del 3 aprile 1866 (Dalloz, 1866, 1, 148). Vedi le autorità citate da Aubry e Rau, t. II, p. 504, e note 7 e 8, e in Dalloz, alla parola *Enregistrement*, n. 5174.

(2) Proudhon, t. IV, p. 196, n. 1748. Demolombe, t. X, p. 565, n. 618.

se la lite concerne solamente la nuda proprietà, è il nudo proprietario che dovrà pagare le spese. Ciò è fin troppo chiaro. Ordinariamente la lite ha per obbietto la proprietà intera; in questo caso, vi sono interessati il nudo proprietario e l'usufruttuario; debbono dunque contribuire alle spese in proporzione del loro interesse. Il principio è semplice, ma l'applicazione rende necessarie parecchie distinzioni.

Di regola la domanda sarà promossa contro il nudo proprietario e contro l'usufruttuario, poichè essendo la proprietà frazionata, e la lite concernendo la piena proprietà, l'attore è interessato a mettere in causa contemporaneamente il nudo proprietario e l'usufruttuario. Se costoro soccombono, si applica la regola di diritto comune, secondo cui chi soccombe è condannato alle spese. In quale proporzione si ripartirà l'onere? Quantunque interessati entrambi alla lite, il loro interesse non è uguale; bisogna dunque ripartir l'onere proporzionalmente; vale si dire che si applicherà per analogia alle spese delle liti ciò che l'art. 609 dice degli oneri imposti sulla proprietà durante l'usufrutto. Qui l'onere è volontario, nel senso che litiga chi vuole. Ciò non impedisce che desso sia comune, in proporzione all'interesse dei litiganti. Lo stesso accade delle altre condanne alle quali, come dice l'art. 613, potrebbe dar luogo la lite, cioè i danni-interessi. Se il giudice non ne ha fatta la ripartizione, bisogna supporre che il nudo proprietario e l'usufruttuario siano egualmente responsabili: si tratta però di un'eguaglianza proporzionale, commisurata al loro interesse, ed è quindi il caso di applicare il modo di ripartizione stabilito dall'art. 609.

Contro tale applicazione si oppone però un argomento che è di grave serietà. Si supponga che l'azione sia intentata successivamente contro il nudo proprietario e contro l'usufruttuario, e che entrambi soccombano: in questo caso ciascuno dovrà sopportare, per la totalità, le spese della lite. Perchè si ammetterebbe una regola diversa quando la domanda è promossa simultaneamente contro l'uno e l'altro? Ciascuno deve sopportare le spese proprie, e quelle fatte dall'attore dovranno dividersi fra il nudo proprietario e l'usufruttuario per metà, e non in proporzione del loro interesse (1). Rispondiamo che la ripartizione proporzionale è molto più giusta della divisione per metà e che, del resto, essa è fondata sullo spirito della legge, poichè l'art. 609 fornisce un argomento di analogia. Quanto alla differenza che esiste tra l'ipotesi in cui la lite è intentata separatamente e quella in cui è intentata simultaneamente, essa risulta dalla forza stessa delle cose. È impossibile d'applicare il principio proporzionale, allorchè è solo in causa l'usufruttuario, o il nudo proprietario.

---

(1) Duvergier su Toullier, t. II, p. 177, nota *b*. In senso contrario, Demolombe, t. X, p. 567, n. 622.

Vi ha tuttavia un caso nel quale la divisione per metà deve essere preferita a quella proporzionale. Se, in conseguenza della lite perduta dal nudo proprietario e dall'usufruttuario, l'usufrutto fosse estinto, non vi sarebbe più luogo ad applicare per analogia l'art. 609, poichè quest'articolo suppone che l'usufrutto sussista e che l'usufruttuario, il quale sopporta l'onere relativamente agl'interessi, percepisca, al contrario, i frutti della cosa. Nella specie, in converso, non vi è più usufrutto. Vi ha di più. Se il giudice decide, come si suppone, che la cosa gravata d'usufrutto non appartiene al costituente, ne risulta che l'usufrutto non ha mai avuto esistenza; non vi è dunque nè nudo proprietario nè usufruttuario, perciò è impossibile di ripartire le spese della lite in proporzione del capitale e del godimento, poichè non vi è e non vi è giammai stato nè godimento nè nuda proprietà. Si rientra quindi nel diritto comune: due litiganti sostengono una lite; se soccombono, le spese si dividono per metà (1).

16. Può avvenire che la domanda, quantunque concerna la proprietà piena, non sia promossa che contro il nudo proprietario o contro l'usufruttuario. Se è promossa contro il proprietario soltanto, si distingue. Se il proprietario soccombe, sarà l'usufruttuario tenuto alle spese? No, senza alcun dubbio, poichè la sentenza non può essere opposta all'usufruttuario; non vi è dunque alcuna ragione per fargli sopportare le spese di una lite cui è rimasto estraneo. Se, al contrario, egli è vincitore, si ammette che la sentenza profitti all'usufruttuario. Noi ritorneremo su questo punto. Se è vero che il nudo proprietario rappresenta l'usufruttuario come gestor di negozi, la conseguenza è logica: l'usufruttuario contribuirà alle spese in proporzione del suo interesse; vale a dire che si applicherà per analogia l'art. 609.

Se l'azione è promossa contro il solo usufruttuario bisogna ancora distinguere se trionfa o se soccombe. Nel primo caso, si applica ciò che abbiamo detto parlando del nudo proprietario. Supponendo che la sentenza ottenuta dall'usufruttuario possa essere invocata dal nudo proprietario, costui sarà tenuto alle spese limitatamente al proprio interesse. Che se l'usufruttuario è condannato, sopporterà solo le spese. Vi è una ragione di più in suffragio di questa decisione; ed è che l'azione intentata contro di lui minaccia i diritti del proprietario; l'usufruttuario è dunque tenuto, in forza dell'art. 614, a denunciare la turbativa al proprietario; se non lo fa e se rimane solo in causa, egli è in colpa e deve sopportarne le conseguenze (2)

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 502, e nota 36. DEMOLOMBE, t. X, p. 568, n. 623. In senso contrario, DEMANTE (t. II, p. 540, n. 456 *bis* V), il quale applica l'art. 609, e MARCADÉ (t. II, p. 599, art. 613, n. 1), il quale vuole che si valuti l'usufrutto secondo l'età e la salute dell'usufruttuario. Quest'ultima opinione non ha alcun fondamento.

(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 142, n. 215.

N. 4 — Dei debiti.

I. — In quali casi l'usufruttuario deve contribuire al pagamento dei debiti?

17. A rigor di principio, il successore universale è obbligato, da solo, al pagamento dei debiti di colui al quale succede; il successore a titolo particolare non vi è tenuto. Noi ritorneremo in tale principio, che è elementare, al titolo delle *Successioni.* Applicando questo principio, bisogna decidere che l'usufruttuario non è tenuto ai debiti, poichè non è giammai successore universale. Tuttavia gli articoli 611 e 612 distinguono l'usufrutto a titolo particolare, l'usufrutto universale e a titolo universale. É l'applicazione all'usufrutto delle disposizioni del codice sui legati; e la legge decide, sempre per analogia dei legati, che l'usufruttuario a titolo particolare non è tenuto ai debiti, mentre l'usufruttuario universale o a titolo universale deve contribuire col proprietario al pagamento dei medesimi. Ma è improprio l'accenno del codice ad un usufruttuario universale o a titolo universale; ciò è contrario alla natura stessa dell'usufrutto che è essenzialmente una disposizione a titolo particolare, ancorchè abbia per obbietto tutti i beni del disponente. All'usufruttuario infatti non spetta mai, come abbiamo già detto, che uno smembramento della proprietà, il godimento: dunque il suo diritto cade sempre sopra un obbietto particolare o determinato, e per conseguenza l'usufrutto, fosse anche universale, come dice l'articolo 612, include sempre un titolo particolare. Per qual ragione dunque ed in qual senso il codice decide che l'usufruttuario deve contribuire al pagamento dei debiti, se è universale o a titolo universale, e che non vi è tenuto quando lo è soltanto a titolo particolare?

Bisogna vedere anzitutto a quali casi si applicano gli articoli 611 e 612. L'usufrutto può essere costituito tra i vivi o a causa di morte. Tra vivi può essere costituito a titolo oneroso o a titolo gratuito. Nel primo caso non potrebbe essere quistione di un'obbligazione qualunque per contribuire al pagamento dei debiti. L'acquirente paga al venditore il prezzo dell'usufrutto: è tutto quello cui egli è tenuto. Quanto al donatario, costui non ha obbligazioni; essendo la donazione un contratto unilaterale, il solo donante è obbligato, il donatario non lo è che in virtù di una clausola del contratto, quando la donazione è fatta con onere. Quest'onere può consistere nel pagamento dei debiti presenti del donante, o di quelli che fossero specificatamente designti sia nell'atto di donazione, sia nello stato annesso (art. 945). Noi ritorneremo su questa disposizione al titolo delle *Donazioni.*

Applicando questi principii alla donazione dell'usufrutto, bisogna decidere, senza alcun dubbio, che il donatario non è mai

tenuto, come tale, per i debiti del donante ancorchè l'usufrutto comprenda tutti i beni presenti. Il donatario della piena proprietà non può essere obbligato pei debiti: or come lo sarebbe l'usufruttuario? Non ci par possibile che siasi elevata una controversia su questo punto. Si osserva che i termini dell'art. 612 sono generali, che non è permesso distinguere ove la legge non fa distinzioni. Ma così obbiettando non si fa che applicare meccanicamente un adagio che non è una verità assoluta, e che per conseguenza devesi usare con retto discernimento. Può esservi un successore universale tra vivi? Se io vi vendo tutti i miei beni, sarete voi successore universale? No certamente: non vi è che l'eredità che sia un titolo universale; ora, non vi è successione d'un uomo vivente, dunque il titolo tra vivi è sempre singolare e perciò il successore non può essere tenuto ai debiti, salve le stipulazioni delle parti relativamente agli oneri di cui possono convenire (1).

Bisogna dunque limitare l'applicabilità dell'art. 612 all'eredità, sia legale, sia testamentaria, sia convenzionale. Nel nostro diritto l'usufrutto è acquisito per successione *ab intestato,* quando il genitore superstite concorre con collaterali diversi dai fratelli e dalle sorelle; il codice gli accorda allora l'usufrutto del terzo dei beni ai quali non succede in proprietà (art. 754); egli acquista dunque l'usufrutto di una quota parte di tutti i beni lasciati dal defunto; per conseguenza egli è usufruttuario a titolo universale, secondo l'art. 612; donde segue che contribuirà al pagamento dei debiti, secondo i principii che abbiamo esposti. Quanto alla successione testamentaria l'art. 612 si applica senza difficoltà. Egli è lo stesso della successione contrattuale; il donatario dei beni futuri è un successore universale, quando la donazione cade sopra l'universalità o sopra una quota dell'universalità. Se dunque la donazione è fatta in usufrutto, il donatario sarà usufruttuario universale o a titolo universale e perciò obbligato di contribuire al pagamento dei debiti. Per tutti gli altri casi, l'usufrutto è a titolo particolare, per conseguenza l'usufruttuario non sarà tenuto ai debiti.

18. L'art. 611 dice che « l'usufruttuario a titolo particolare non è tenuto al pagamento dei debiti pei quali il fondo sia ipotecato ». Ciò s'intendeva da sè, poichè il legatario a titolo particolare della piena proprietà non è tenuto ai debiti (art. 1024); per identità di motivi, l'usufruttuario a titolo particolare non può essere obbligato a contribuire al pagamento dei debiti, neppure per gl'interessi. Il codice suppone che il fondo sottoposto all'usufrutto sia ipotecato, poichè solo in questo caso il creditore ha azione contro l'usufruttuario, come terzo detentore, in virtù del

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 503 e nota 1. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN t. II, p. 140, n. 212. In senso contrario MARCADÉ, t. II, p. 490 (art. 612, n. 1). GENTY, *De l'usufruit,* p. 202, n. 247.

suo diritto reale che gli permette di sequestrar l'immobile fra le mani di qualunque possessore. È precisamente quanto dice anche l'art. 1024 pel legato di proprietà: « salva l'azione ipotecaria dei creditori ». L'art. 611, applicando i principii generali al legatario dell'usufrutto, aggiunge che se, in base all'istanza del creditore ipotecario, l'usufruttuario è costretto a pagare il debito, ha l'azione in regresso contro il proprietario. La legge suppone che il nudo proprietario sia debitore; avendo dovuto l'usufruttuario pagare per lui, vien surrogato nei diritti del creditore contro il debitore (art. 1251, n. 3). Che se il nudo proprietario non è il debitore personale, l'usufruttuario avrà anzitutto regresso contro il debitore, in forza della surrogazione. Ma se il debitore non paga, avrà l'usufruttuario l'azione contro il nudo proprietario? Abbiamo già esaminata la questione parlando degli oneri che gravano sulla proprietà (n. 12). L'azione in regresso è accordata all'usufruttuario, in virtù del peso reale che grava sul fondo, peso che grava tanto sul nudo proprietario quanto sull'usufruttuario, e che per conseguenza dev'essere sopportato da entrambi, in conformità al disposto dell'art. 609. Ma grande è la differenza fra le due azioni. Quando l'usufruttuario agisce in forza della surrogazione, può promuovere la sua domanda immediatamente, poichè esercita i diritti del creditore, e niente sopporta del debito, essendo egli creditore anzichè debitore. Quando invece l'usufruttuario agisce in virtù dell'art. 609, la sua azione si fonda sopra un onere reale che grava sulla proprietà, e quindi anche sull'usufrutto; egli deve sopportarlo, relativamente agl'interessi, a motivo del suo godimento. Donde segue che non può agire in ripetizione che alla fine dell'usufrutto (1).

L'art. 611 aggiunge: « salvo ciò che è detto all'art. 1020 al titolo delle *Donazioni tra vivi e dei Testamenti* ». Secondo il tenore letterale del testo, si potrebbe credere che si tratti di una eccezione al principio stabilito dalla legge. Niente di tutto ciò: è anzi questa piuttosto una applicazione del principio. Siccome il legatario particolare non è tenuto ai debiti, anche quando il fondo è ipotecato, il testatore ben può fare obbligo all'erede di liberare il fondo e di consegnarlo libero e franco d'ogni debito ipotecario. Se il testatore usa di questa facoltà non vi sarà più ipoteca, perciò neppure azione contro l'usufruttuario. Bisogna confessare che era proprio inutile dire tutto ciò.

Vi è un'altra restrizione al principio stabilito dalla legge, in caso di riduzione dei legati. L'art. 1024 lo dice espressamente, ed era anche stavolta inutile, non trattandosi che di applicare i principii generali. È certo che se i legati eccedono la quota disponibile, il legato d'usufrutto è soggetto a riduzione come il

(1) PROUDHON, t. IV, p. 253, n. 1829-1832. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 141, n. 213. DEMANTE, t. II, p. 535, n. 454 *bis* 1. Vedi la giurisprudenza in DALLOZ, alla parola *Usufruit*, n. 453, 1° e 2°

legato della proprietà. In tal senso ha deciso la Corte di cassazione (1), e la questione è così evidente da far stupore che abbia potuto esser portata innanzi la Corte suprema: ma vi era in quella specie un'altra difficoltà. Il testatore aveva legata la nuda proprietà ad una persona e l'usufrutto ad un'altra. Bisognava ridurre. Come si sarebbe operata la riduzione? Si pretendeva che bisognasse stimare a parte la nuda proprietà e l'usufrutto, e che per valutare l'usufrutto si dovesse aver riguardo all'età ed alle condizioni di salute dell'usufruttuario. La Corte rigettò questo sistema ed applicò per analogia l'art. 612 che spiegheremo in appresso. È vero che la riduzione non è un debito. Sta sempre però che quando il testatore ha oltrepassata la quota disponibile, la porzione eccedente deve essere tolta al legatario. Quando la cosa legata è smembrata, la riduzione si fa in natura, come quando appartiene in piena proprietà ad un donatario; in tal modo, l'usufruttuario contribuirà alla diminuzione pel godimento ed il nudo proprietario per la proprietà. Ciò ha pure un fondamento razionale. La porzione ridotta non è disponibile, avrebbe dunque dovuto rimanere nel patrimonio del testatore e la diminuzione la fa appunto rientrare in questo patrimonio.

Rimane un'ultima difficoltà. Se il testatore lega l'usufrutto di un immobile determinato e non lascia altri immobili, dovrà l'usufruttuario contribuire al pagamento dei debiti? A rigor di principio, no, poichè egli non è legatario universale, nè a titolo universale, quantunque non vi siano altri beni nell'eredità (2). Taluno vuol far ricorso all'equità. Ma l'equità deve esser posta fuori causa, quando si tratta di una obbligazione legale. Si dirà dunque che i creditori non avranno alcuna azione sui beni legati? Il testatore non può legare se non ciò che possiede; prima dunque che i legatarii possano acquistare i beni che lor sono stati legati, bisogna che siano pagati i debiti: ciò che rimane apparterrà ai legatari; ma essi non saranno tenuti personalmente per i debiti, non essendo che legatarii particolari.

19. L'art. 612 stabilisce il principio che « l'usufruttuario universale o a titolo universale deve contribuire col proprietario al pagamento dei debiti » per ciò che riguarda gl'interessi; vale a dire che il nudo proprietario sopporta il debito quanto al capitale, e l'usufruttuario quanto agl'interessi durante il suo godimento. Noi diremo più innanzi in qual modo si faccia la ripartizione. Anzitutto, è opportuno vedere quale sia la ragione di questa deroga ai principii. L'usufruttuario, quantunque universale, non essendo che un successore a titolo particolare, non dovrebbe essere tenuto ai debiti; perchè dunque la legge vuole

(1) Sentenza di rigetto del 28 febbraio 1843 (DALLOZ, alla parola *Dispositions entre vifs*, n. 4007).

(2) HENNEQUIN, *Traité de législation*, t. II, p. 461. Confronta sentenza di rigetto dei 4 fruttidoro anno XIII (DALLOZ, alla parola *Usufruit*, n. 470).

che vi concorra col proprietario? Si dice che l'art. 612 è fondato sulla massima che i beni non si comprendono se non fatta deduzione dei debiti (1). Se così fosse, non vi sarebbe differenza tra l'usufruttuario universale e l'usufruttuario a titolo particolare, poichè anche a costui si applica la massima che il testatore non può legare se non i beni che gli appartengono, fatta deduzione dei debiti. La legge stabilisce però una differenza, giacchè decide che l'usufruttuario a titolo particolare non è tenuto ai debiti, mentre vuole che l'usufruttuario universale vi contribuisca insieme al proprietario. La disposizione dell'art. 612 è stata dettata da una considerazione d'equità. Il testatore lega la nuda proprietà dei suoi beni a Pietro e l'usufrutto a Paolo. Pietro, in qualità di rappresentante del defunto, dovrebbe egli solo pagare i debiti; non vi è ragione di farvi contribuire Paolo, in virtù della massima che per beni s'intende soltanto ciò che rimane, dedotti i debiti; poichè i beni in nuda proprietà, lo supponiamo, oltrepassano l'ammontare dei debiti, e quando anche il passivo eccedesse l'attivo della nuda proprietà, sarebbe pur sempre l'erede nudo proprietario e rappresentante della persona del defunto che dovrebbe pagare i debiti sul suo patrimonio, perchè è tenuto *ultra vires,* salvo che non abbia accettato col beneficio dell'inventario. Dunque l'usufruttuario non dovrebbe contribuire al pagamento dei debiti, almeno finchè vi sono beni nell'attivo ereditario. Ecco il principio cui deroga l'articolo, e noi riteniamo che ciò avvenga per un motivo di equità. Secondo la sottigliezza del diritto, l'usufruttuario non è che un successore a titolo particolare; nondimeno egli fa suoi tutti i frutti, tutti gli emolumenti del patrimonio durante il suo godimento; sotto questo rapporto, il suo diritto è identico a quello del proprietario. E invero, poichè di fatto i suoi diritti sono quelli di un erede, di un successore universale, non è egli giusto che le sue obbligazioni nei limiti di questo fatto, vale a dire nella proporzione del suo godimento, siano le medesime? Ciò significa che l'equità vuole che l'usufruttuario universale sopporti i debiti relativamente agl'interessi. Si può anche invocare un motivo di diritto. Se l'erede nudo proprietario non paga i debiti, egli dovrà gl'interessi; ora, gl'interessi sono un peso dei frutti, e l'usufruttuario che percepisce tutti i frutti deve pure pagare gl'interessi dei debiti. Rimane a sapersi se l'usufruttuario è personalmente tenuto per gl'interessi, se può essere convenuto dai creditori, o se la sua obbligazione non è che una contribuzione, vale a dire se non è tenuto che in confronto del nudo proprietario. Noi esamineremo tale quistione più innanzi (n. 23).

20. L'art. 620 dice che l'usufruttuario contribuisce al pagamento dei *debiti.* In questa parola, si comprendono le obbliga-

(1) PROUDHON, t. IV, p. 303, n. 1982. DEMOLOMBE, t. IX, p. 466, n. 532.

zioni che hanno radice nella persona del defunto. Che si dovrà decidere relativamente ai *pesi* della successione? Tali sono i legati a titolo particolare i quali, quantunque fatti dal testatore, non hanno luogo che alla sua morte; tali sono ancora le spese funerarie, quelle d'apposizione di sigilli e d'inventario. Quando la legge parla delle obbligazioni degli eredi *ab intestato,* essa aggiunge la parola *pesi* alla parola *debiti:* l'art. 870 dice che i coeredi contribuiscono tra loro al pagamento dei *debiti* e *pesi* della successione, ciascuno in proporzione di quanto vi consegue: l'art. 873 dice che sono tenuti ai *debiti* e *pesi* della successione, personalmente per la loro quota e porzione virile. In simile guisa si esprime la legge parlando dei legatarii universali ed a titolo universale (art. 1009 e 1012). Confrontando il testo di questi articoli con quello dell'art. 612, si potrebbe credere che l'usufruttuario sia solamente tenuto a contribuire ai debiti propriamente detti, poichè la legge non menziona i pesi. Tuttavia l'opinione contraria è universalmente accolta e con ragione (1). Il principio stabilito dall'art. 612 è che l'usufruttuario universale o a titolo universale vien considerato ugualmente che il legatario universale o a titolo universale della proprietà, in quanto concerne le obbligazioni, con la differenza che uno contribuisce per gl'interessi e l'altro pel capitale. Sotto quèsto rapporto non vi è a fare alcuna distinzione tra le diverse obbligazioni: che importa che siano pesi o debiti? Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio su questo punto. L'usufruttuario universale fa suoi tutti i frutti, dunque deve pagare altresì tutti gl'interessi. Se la legge non parla che dei *debiti,* non è in un senso restrittivo, ma in un senso enunciativo. D'altronde questa parola è presa talvolta, anche nel linguaggio legale, come sinonimo dell'espressione *debiti e pesi.* Così l'art. 1024 dice che il legatario a titolo particolare non sarà tenuto ai *debiti* della successione; la parola *debiti* comprende qui i *pesi,* come dice formalmente l'art. 871: « il legatario particolare non è tenuto ai *debiti e pesi* ».

21. Diciamo che l'art. 612 assimila, quanto alle obbligazioni, i legatarii univarsali della proprietà ai legatarii universali dell'usufrutto. Vi ha tuttavia una differenza capitale che risulta dalla diversa natura dell'usufrutto e della proprietà. L'usufrutto è un diritto temporaneo, mentre la proprietà è un diritto perpetuo. Ove il diritto è temporaneo, temporanei altresì debbono essere i pesi. Gli è perciò che l'art. 608 dice che l'usufruttuario è tenuto, *durante il suo godimento,* a tutti i carichi annuali del fondo. Che se il carico grava sulla proprietà, l'art. 609 dispone che l'usufruttuario il quale l'anticipa può ripetere il capitale *alla fine dell'usufrutto.* L'art. 612 dice la medesima cosa dei debiti; se il proprietario paga il capitale, l'usufruttuario gli

(1) PROUDHON, t. IV, p. 309, nn. 1898-1899. DEMOLOMBE, t. X, p. 477, n. 544.

corrisponderà gli interessi *per tutta la durata dell'usufrutto*; e se l'usufruttuario anticipa la somma, il capitale gli sarà restituito *alla fine dell'usufrutto* senza alcun interesse. L'usufruttuario non deve dunque sopportare gl'interessi dei debiti che durante il suo godimento. Quando incomincia la sua obbligazione? Nel momento in cui sorge il diritto d'usufrutto od in quello invece in cui l'usufruttuario entra in godimento? È l'inizio *di fatto* che bisogna considerare; infatti, vi è una correlazione necessaria tra i frutti di cui gode l'usufruttuario e gl'interessi che deve pagare: egli è tenuto agli interessi in quanto percepisce i frutti; dunque non può esser tenuto agl'interessi che a partire dal momento in cui fa suoi i frutti (1). La questione non si presenta se non nella materia dei legati. Se l'usufruttuario universale non ottiene la consegna che dopo un anno dalla morte del testatore, non dovrà gl'interessi che saranno decorsi da questo momento sino al conseguimento del possesso; è l'erede che si trova in possesso che dovrà pagarli, e nulla di più giusto, poichè è altresì l'erede investito del possesso che, in questo caso, percepisce i frutti (2).

22. L'art. 610 applica questi principii alla rendita vitalizia. « Il legato di una rendita vitalizia o di una pensione alimentare, si deve prestare dal legatario universale dell'usufrutto integralmente, e dal legatario a titolo universale in proporzione del suo godimento, senza che abbiano verun diritto di ripetizione. Questa disposizione è una conseguenza logica dell'art. 612 combinato con l'art. 588. L'usufruttuario universale sopporta tutti i debiti relativamente agl'interessi; ecco ciò che dice l'art. 612. Rimane a sapere se le annualità di una rendita vitalizia si debbano considerare fra gl'interessi. Siffatta questione, assai controversa nell'antico diritto, è stata risoluta dall'art. 588, a termini del quale l'usufruttuario d'una rendita vitalizia ne percepisce le annualità senza essere tenuto ad alcuna restituzione. Percependo le annualità attive, l'usufruttuario deve pagare altresì quelle passive e naturalmente senza alcuna ripetizione, nello stesso modo che le percepisce senza esser tenuto ad alcuna restituzione.

Si domanda se l'art. 610 si applichi a tutte le rendite vitalizie, che sono un peso della successione, tanto cioè a quelle di cui il defunto fosse debitore come a quelle che egli ha stabilite col suo testamento. Basta enunciare una simile questione perchè ne apparisca evidente la soluzione. Forse che le annualità cambiano natura secondo che son dovute in virtù del tale o tal altro titolo, in forza di un legato o di una donazione, ovvero di un atto a titolo oneroso? forse che cambiano di natura secondo che la rendita fosse dovuta o legata dal defunto? Tuttavia la Corte di Bruxelles ha deciso che l'art. 610 non è applicabile alle ren-

(1) Bordeaux, 12 marzo 1840 (Dalloz, alla voce *Usufruit*, n. 445).
(2) Proudhon, t. IV, p. 239, n. 1813.

dite dovute dal defunto. La Corte si è attenuta alla lettera della legge che parla del *legato* fatto da un testatore, ed ha considerato questa disposizione come un'eccezione mentre la legge non fa che applicare logicamente i principii da essa stabiliti. La sentenza fu cassata. Non risponderemo alle cattive ragioni colle quali si è tentato di difendere la tesi della sentenza impugnata; il pubblico ministero e la Corte suprema ne hanno fatto giustizia. I principii sono così semplici, così chiari, ch'è inutile insistere per dimostrare l'errore sfuggito alla Corte di Bruxelles (1).

S'intende da sè che i medesimi principii s'applicano alle rendite perpetue. In questo caso trova piena applicazione l'art. 612. E questo articolo sarebbe stato altresì sufficiente per le rendite vitalizie, poichè, nel sistema consacrato dall'art. 588, non vi è più differenza tra le rendite vitalizie e le rendite perpetue. Risulta da ciò che l'art. 610 è inutile: i principii generali risolvono la questione. Ma ciò ch'è avvenuto innanzi alla Corte di Bruxelles prova che il legislatore fa benissimo a non pretermettere neppure le disposizioni inutili: se gli si obbietta che ciò si sottintende, egli potrà rispondere che val meglio ancora dirlo.

II. — Estensione della contribuzione.

23. L'art. 612 dice che l'usufruttuario universale o a titolo universale *contribuisce* assieme al proprietario al pagamento dei debiti. Come bisogna intendere questa *contribuzione?* Vuol forse dire che l'usufruttuario non è tenuto ai debiti riguardo ai creditori, che costoro non hanno azione contro di lui, ma soltanto contro l'erede nudo proprietario, salvo a costui il regresso contro l'usufruttuario per ottenere il suo contributo nei limiti tracciati dall'art. 612? La questione è controversa e vi è qualche dubbio. La parola *contribuire* è riferita, di regola, ai rapporti tra i successori che sono obbligati a sopportare i debiti; non si adopera per indicare i rapporti da debitore a creditore, pei quali ordinariamente la legge si serve dell'espressione *essere tenuto.* Noi abbiamo citati gli articoli 871 e 873: lorchè trattasi dei rapporti fra i coeredi, la legge dice che essi *contribuiscono* tra loro al pagamento dei debiti: quando invece è questione dell'obbligo di pagare i debiti in base all'istanza dei creditori, la legge dice che gli eredi son *tenuti* ai debiti, per la loro quota e porzione virile, salvo il regresso contro i legatarii universali per la parte per cui questi debbono *contribuirvi.* La

---

(1) Bruxelles, 1.° luglio 1850 (*Pasicrisie,* 1850, 2, 183). Sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 27 marzo 1851 (*Pasicrisie,* 1851, 1, 434). Confronta Proudhon, tit. IV, p. 237, n. 1812.

parola *contribuire* ha dunque un senso tecnico, essa non concerne i creditori. Ciò posto, si potrebbe argomentare in questa guisa: la legge dice solamente che l'usufruttuario universale *contribuisce* ai debiti col proprietario; essa non dice che vi è *tenuto* riguardo ai creditori. Costoro non hanno dunque alcuna azione contro l'usufruttuario, e, secondo il rigor dei principii, non possono averne. Infatti, l'usufruttuario, quantunque abbia il godimento di tutti i beni, è un successore a titolo particolare, e i successori a titolo particolare non sono mai tenuti ai debiti; i creditori non hanno alcuna azione contro di loro, e se la legge deroga a questo principio gravando l'usufruttuario universale degl'interessi, ciò è unicamente nei suoi rapporti col nudo proprietario: questione di *contribuzione* (1).

Noi non crediamo che tale sia il senso dell'art. 612. In questa discussione si è tenuto troppo conto della dottrina. Senza dubbio, secondo i principii, l'usufruttuario di tutti i beni è un successore a titolo particolare; ma la legge non gli dà questo nome; essa chiama il legatario universale dell'usufrutto usufruttuario *universale*, e il legatario a titolo universale dell'usufrutto usufruttuario a titolo universale (art. 610 e 612). Nel medesimo senso si è espresso il Tribunato (2). La legge considera dunque l'usufruttuario come un successore universale, quando l'usufrutto cade su tutti i beni del defunto o sopra una quota di beni. E la legge doveva considerarlo come tale, dal momento che gl'imponeva il carico di sopportare i debiti in una certa misura, poichè non vi sono che i successori universali o a titolo universale che sopportino i debiti. Bisogna dunque lasciar da parte la dottrina ed attenersi ai testi. È quel che fa la Corte di cassazione sentenziando che l'usufruttuario universale è un legatario universale. Ritorneremo sulla questione al titolo delle *Donazioni* e *Testamenti.* Per quanto concerne i debiti, la Corte di cassazione ha ragione perchè il disposto dell'art. 612 è formale. A torto si direbbe che il linguaggio della legge è inesatto; noi rispondiamo che esso è in piena armonia, se non con i principii rigorosi del diritto, almeno con la realtà delle cose. L'usufruttuario universale fa suoi tutti i frutti; per tutta la durata del suo godimento, tiene il luogo del proprietario: percependo tutti i frutti, dev'essere tenuto a tutti gli interessi.

Noi diciamo ch'egli vi è *tenuto*. È una conseguenza logica della qualità di successore universale che la legge gli riconosce assoggettandolo ai debiti relativamente agli interessi. Infatti, tutti quelli che sopportano i debiti come successori universali, ne

(1) Agen, 10 dicembre 1866 (DALLOZ, 1867, 2, 5).

(2) Osservazioni del Tribunato, n. 14 (LOCRÉ, t. IV, p. 124). « È essenziale di mantenere sempre la distintizione delle tre specie di legati stabilite al titolo delle *Donazioni e Testamenti;* il legato universale, il legato a titolo universale e il legato a titolo particolare. » Confronta la *Relazione al Tribunato* di PERREAU, n. 23 (LOCRÉ, t. III, p. 140).

son tenuti anche verso i creditori: così avviene dei legatarii a titolo universale della proprietà, così pure dei successori irregolari *ab intestato*. Se l'art. 611 dice che l'usufruttuario universale *contribuisce* col proprietario al pagamento dei debiti, ciò non significa che egli non vi sia *tenuto* in confronto dei creditori. Anche l'art. 871, parlando del legatario a titolo universale, dice che egli contribuisce cogli eredi: il che non toglie che egli non sia *tenuto* ai debiti e pesi (art. 1012) personalmente per la sua quota e porzione. In una parola, tutti coloro che nel linguaggio del legislatore *contribuiscono* al pagamento dei debiti ne sono altresì tenuti personalmente. Lo stesso sarà quindi dell'usufruttuario.

L'art. 610 conferma questa interpretazione. Esso non è che l'applicazione dell'art. 612, e decide che il legatario universale dell'usufrutto *deve soddisfare* la rendita vitalizia integralmente. Il che vuol ben dire che il creditore ha azione contro l'usufruttuario, e che costui è *tenuto* a pagare la rendita. Se egli è tenuto alla rendita, per lo stesso motivo dovrà soddisfare gli altri debiti, per ciò che riguarda gl'interessi. Dunque è tenuto personalmente, come tutti i successori universali (1).

24. Le Corti di appello di Francia decidono generalmente che l'usufrutto di tutti i beni è un legato particolare. Siffatta questione ha dato luogo ad una disputa interessante. Un testatore lega l'usufrutto di tutti i suoi beni alla moglie. La nipote, erede, reclama dall'usufruttuario universale la sua contribuzione in un debito del defunto, la dote che egli le aveva costituita nel contratto di matrimonio. L'usufruttuaria risponde che questo debito incombe esclusivamente all'erede, che per ciò è estinto per confusione, e per conseguenza essa non ne deve gl'interessi. Questo sistema, respinto dal Tribunale di prima istanza, fu accolto dalla Corte di Bordeaux (2). A nostro parere, la Corte ha mal giudicato. L'usufruttuario è un successore a titolo particolare; nondimeno egli contribuisce col proprietario al pagamento dei debiti. È questa la disposizione dell'art. 612; dunque, riguardo al proprietario, l'usufruttuario deve gl'interessi. Ecco un primo punto ch'è incontrastabile. Ed eccone un secondo che non lo è meno. La confusione non estingue il debito in modo assoluto; a vero dire il debito non è estinto; soltanto l'erede, essendo nel contempo debitore e creditore, si trova nell'impossibilità di domandare il pagamento del suo credito, poichè dovrebbe esigerlo da sè stesso. La confusione non produce la estinzione del debito che a motivo di questa impossibilità. Finchè

(1) Demante, t. II, p. 538, n. 455 *bis* II. Demolombe, t. X, p. 457, n. 523 e p. 476, n. 543. Aubry e Rau, t. II, p. 505, nota 10. Bruxelles, 5 maggio 1829 (*Pasicrisie*, 1829, p. 90). Sentenza della Corte di cassazione dell'8 dicembre 1862 e la nota (Dalloz, 1863, 1, 72).

(2) Bordeaux, 19 febbraio 1853 (Dalloz, 1854, 2, 146). In senso contrario, Demolombe, t. X, p. 475, n. 542.

il creditore può agire, non vi è estinzione del debito. Ora l'erede non può forse agire contro l'usufruttuario? Egli potrà dunque reclamare gl'interessi del suo credito per tutta la durata dell'usufrutto. Si dirà che ciò è assurdo: essendo il credito estinto, come possono esservi interessi? No, ciò non è assurdo, nulla anzi vi ha di più giuridico. Il credito non è realmente estinto, dunque può produrre interessi. Questi interessi essendo dovuti dall'usufruttuario, l'erede avrà azione contro di lui. Se non può agire pel capitale, non è già perchè il debito sia estinto, ma perchè egli stesso ne è il debitore.

25. L'usufruttuario è tenuto agli interessi *ultra vires*, ovvero non vi è tenuto che sino alla concorrenza del suo beneficio? Se si ammette che l'usufruttuario non è un debitore propriamente detto, la questione non può essere neppure proposta. Nell'opinione consacrata dalla Corte di cassazione, bisogna ancor rispondere che l'usufruttuario non è tenuto al pagamento dei debiti *ultra vires*. Infatti per essere obbligato senza alcuna limitazione, non basta essere successore universale, ma è necessaria pure la qualità di rappresentante della persona del defunto; ora i soli eredi legittimi ed i legatarii universali, quando non concorrono con riservatarii, sono tenuti al di là del loro profitto; gli altri successori universali son tenuti soltanto sino alla concorrenza del beneficio che conseguono. Ciò risolve la questione in quanto all'usufruttuario: egli non ha mai la rappresentanza del defunto: non è che un successore ai beni, e non è quindi tenuto che sino alla concorrenza dei frutti che consegue.

Vi è a questo riguardo una differenza fra i carichi che l'usufruttuario deve sopportare in forza dell'usufrutto e i debiti che deve pagare come successore universale. I carichi che gravano sull'usufrutto sono inerenti al godimento; ogni usufruttuario li deve sopportare, ancorchè i frutti non bastassero per soddisfarli. Abbiamo già detto che l'usufruttuario deve le contribuzioni ancorchè non percepisca alcun frutto (n. 4). Perchè non è lo stesso dei debiti? Perchè i debiti non sono un peso dell'usufrutto, essendovi usufruttuari che non sono tenuti ai debiti. Se l'usufruttuario universale deve pagare gl'interessi dei debiti è perchè egli è successore universale; ed in tal qualità non è tenuto che sino alla concorrenza dei beni che consegue.

26. L'applicazione di questi principii dà luogo ad una difficoltà in quanto concerne la rendita vitalizia: è questa un carico, od un debito? Si potrebbe dire che è un carico, almeno quando la rendita vitalizia è costituita mediante un legato. Infatti, la legge parla della rendita vitalizia legata, dopo aver trattato dei carichi (art. 608, 609) e prima di occuparsi dei debiti; sembra dunque che la consideri come un carico dell'usufrutto. Si potrebbero ancora invocare i termini dell'art. 610, il quale prescrive che il legatario universale dell'usufrutto deve soddisfare la rendita *nella sua integrità*. A noi sembra necessario far distinzione. Quando la rendita vitalizia fosse dovuta

dal defunto non vi è alcun dubbio: si tratta di un debito che non differisce per nulla dagli altri debiti ereditarii. Ma quando la rendita è legata dal testatore, la questione è assai incerta. Se il testatore avesse detto che egli lega l'usufrutto di tutti i suoi beni, col carico al legatario di soddisfare la tal rendita vitalizia che egli lega ad un terzo, la rendita sarebbe senza alcun dubbio un *carico* imposto all'usufruttuario dall'atto costitutivo dell'usufrutto; ora, l'usufruttuario è tenuto ai carichi *ultra vires.* Ebbene questa clausola altro non è che la riproduzione dell'art. 610; il testatore che, col suo testamento,istituisce un legatario universale dell'usufrutto e lega una rendita vitalizia, mette tacitamente questa rendita a carico dell'usufruttuario; ora, una clausola tacita ha il medesimo effetto di una clausola espressa. A questa argomentazione noi non vediamo risposta. Il nostro parere sarebbe dunque che la rendita legata è un carico dell'usufrutto, nel senso che l'usufruttuario universale deve sopportarla integralmente. Si dirà che ciò è contradditorio, che la rendita vitalizia non può nel contempo essere e non essere un debito. La contraddizione non è che apparente. A rigor di principio, la rendita è un debito; ma questo debito, siccome qualunque altro, può divenire un carico dell'usufrutto, se tale è la volontà del testatore. É su questa volontà che noi basiamo la nostra decisione. Se vi è volontà espressa, qualunque dubbio scompare: ma può esservi altresì volontà tacita, e questa risulta dal fatto che il testatore lega l'usufrutto di tutti i suoi beni nel mentre dispone pure una rendita vitalizia, ben sapendo che questa rendita dev'essere soddisfatta dal legatario universale dell'usufrutto; libero a lui di manifestare un'intenzione contraria. Ciò risponde all'obbiezione letterale che ci si potrebbe muovere; noi non invochiamo i termini dell'art. 610 secondo i quali l'usufruttuario universale deve soddisfare la rendita *nella sua integrità ;* questa disposizione è estranea alla nostra quistione: essa è stata posta nella legge per opposizione all'usufruttuario a titolo universale che deve soddisfare la rendita *in proporzione del suo diritto* (1).

27. Il principio che regola le obbligazioni dell'usufruttuario dà ancor luogo ad un'altra difficoltà. Egli non è tenuto ai debiti che sino alla concorrenza del suo beneficio. Come si constaterà tal beneficio? Noi ritorneremo su tale quistione, in quanto concerne i legatarii della proprietà, al titolo delle *Donazioni* e *Testamenti.* Pel legatario dell'usufrutto, vi è una speciale ragione di dubbio. Questi deve fare l'inventario, siccome ogni altro usufruttuario. Se non adempie a questo suo obbligo, si dovrà concludere che egli sarà tenuto ai debiti *ultra vires,* beninteso nei limiti dell'art. 612? Lo si è sostenuto innanzi ai tribunali, ma rettamente la Corte di cassazione ha giudicato che l'inven-

(1) In senso contrario, PROUDHON, t. IV, p. 248, n. 1823.

tario cui l'usufruttuario deve procedere nulla ha di comune con la questione di sapere se sia tenuto o non agl'interessi *ultra vires*. L'inventario concerne esclusivamente i rapporti dell'usufruttuario col nudo proprietario, ed è imposto anche all'usufruttuario a titolo particolare, il quale non è giammai tenuto al pagamento dei debiti. Abbiamo detto altrove qual'è la sanzione dell'obbligo che la legge impone all'usufruttuario di procedere all'inventario (1). La legge non dice che l'usufruttuario sarà tenuto *ultra vires*, ed il suo silenzio è decisivo, poichè non vi ha penalità senza una disposizione espressa. Quale sarà dunque la conseguenza della mancanza d'inventario? Nella nostra opinione, i creditori hanno azione contro l'usufruttuario; essi potranno provare la consistenza dei mobili non inventariati per testimoni, essendosi trovati nella impossibilità di procurarsi una prova scritta e ciò per colpa dello stesso usufruttuario. Quanto al nudo proprietario, dipendeva da lui di richiedere la confezione dell'inventario; egli rimane dunque nel diritto comune per quanto concerne la prova. Se l'usufruttuario ha disposto di oggetti compresi nel suo usufrutto, s'intende da sè che dovrà renderne conto. Ma questo non sarebbe ancora un motivo perchè egli fosse tenuto *ultra vires*. Altrimenti accade dell'erede legittimo; se vuole non esser tenuto che sino alla concorrenza del suo beneficio, e se dispone di oggetti della eredità, è erede puro e semplice e per ciò decaduto dal beneficio dell'inventario. Ma i semplici successori ai beni, come l'usufruttuario, non sono tenuti ad accettare col beneficio dell'inventario; quindi non può essere questione di dichiararli decaduti da un beneficio del quale non hanno bisogno (2).

28. Dai principii che abbiamo esposti risulta che i creditori non hanno alcuna azione personale contro l'usufruttuario universale pel pagamento del capitale del loro credito. Infatti, l'usufruttuario universale o a titolo universale contribuisce solamente col proprietario al pagamento dei debiti, relativamente agl'interessi, nel modo regolato dall'art. 612. Non dovendo contribuire che per ciò che riflette gl'interessi, non possono essere assoggettati, quanto al capitale, ad una azione diretta; poichè non sono successori universali in quanto al capitale, ma solo in quanto al godimento. Noi diciamo che i creditori non hanno azione diretta contro l'usufruttuario, poichè questi non è debitore personale della somma capitale che costituisce il debito; ma può darsi che i creditori abbiano un'azione sui beni dell'eredità che formano la loro garanzia. Diremo al titolo delle *Successioni* a quali condizioni il patrimonio del defunto, ch'era la garanzia dei suoi creditori, rimane loro garanzia dopo la sua morte, e qual differenza corra tra quest'azione che essi esercitano sulla

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 500 e seg.
(2) Sentenza di rigetto del 9 marzo 1863 (Dalloz, 1863, 1, 190).

eredità e quella che hanno contro gli eredi od altri successori universali. Pel momento, ci limitiamo a notare che se i creditori han conservato la loro garanzia sull'eredità, la possono esercitare tanto contro l'usufruttuario come detentore dell'eredità, quanto contro il proprietario, poichè entrambi possiedono i beni. Al titolo delle *Successioni*, vedremo in che questa azione indiretta che si esercita sui beni differisca dall'azione diretta che si esercita contro la persona (1).

III. — Modo della contribuzione.

29. L'art. 612 regola il modo della contribuzione. Bisogna conoscere anzitutto in qual proporzione contribuiscono l'usufruttuario ed il proprietario. Secondo l'art. 612, si dovrebbe incominciare dallo stimare il valore del fondo soggetto ad usufrutto e fissare in seguito la contribuzione ai debiti in ragione di questo valore. È certo che la stima è inutile quando vi è un usufruttuario di tutti i beni lasciati dal defunto; infatti, in questo caso, l'usufruttuario sopporterà gl'interessi dei debiti per la totalità, poichè ha il godimento dell'intero. Anche quando l'usufrutto è a titolo universale, vi sono casi in cui il legato determina la porzione nella quale il legatario dell'usufrutto deve contribuire ai debiti, senza che vi sia bisogno di una stima; così avviene quando il testatore lega l'usufrutto d'una quota determinata di tutti i suoi beni, come il terzo od il quarto; questa quota fissa necessariamente la parte per la quale l'usufruttuario contribuirà nei debiti. La stima di cui parla l'art. 612 non è dunque necessaria che allorquando il legato a titolo universale comprende tutti gl'immobili o tutti i mobili, ovvero una quota degl'immobili o di tutti i mobili. In questo caso, si deve calcolare qual sia il valore proporzionale del legato, avuto riguardo al valore totale dell'eredità.

La legge dice che si deve stimare il valore del fondo soggetto ad usufrutto; ciò non è esatto, poichè suppone che l'usufrutto cada sopra fondi determinati. Ma in questo caso, l'usufrutto sarebbe a titolo particolare, e per conseguenza l'usufruttuario non dovrebbe contribuire al pagamento dei debiti. La stima cade forse sull'usufrutto considerato come tale, avendo riguardo all'età dell'usufruttuario ed allo stato della sua salute? Nell'antico diritto, la questione di sapere su quale base la stima doveva farsi era controversa; il codice la toglie di mezzo collo stabilire che si deve stimare il valore della piena proprietà delle cose legate in usufrutto. È naturale che si debba parimenti fare la stima

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 505 e note 11 e 12 e le autorità da essi citate. Bordeaux, 12 marzo 1840 (DALLOZ, alla parola *Usufruit*, n. 445).

dei beni che non sono compresi nell'usufrutto, affinchè possa stabilirsi la proporzione. Il sistema ammesso dall'art. 612 è semplicissimo: l'usufruttuario è tenuto agl'interessi passivi in ragione dei frutti che percepisce, dunque nella proporzione che il suo legato presenta col rimanente della proprietà. Se ha l'usufrutto degl'immobili, e questi comprendono la metà della eredità, egli godrà della metà dei frutti, e dovrà quindi sopportare gl'interessi per metà (1).

30. « Se l'usufruttuario vuole anticipare la somma per cui il fondo deve contribuire, gli viene restituito il capitale al termine dell'usufrutto, senza alcuno interesse ». Questa disposizione dell'art. 612 dà all'usufruttuario il diritto di anticipare il capitale dei debiti di cui deve sopportare gl'interessi. Perchè l'usufruttuario, quantunque non sia debitore che degli interessi, ha il diritto d'anticipare la somma? Egli ha il diritto di godere integralmente dei beni compresi nel suo legato; ora, il solo mezzo di assicurare questo godimento quanto vi sono debiti, è quello di pagare, poichè se l'usufruttuario non fa l'anticipazione, il proprietario potrà, a termini dell'art. 612, far vendere sino alla dovuta concorrenza una parte dei beni sottoposti all'usufrutto, e per conseguenza l'usufruttuario perderà il godimento di questi beni.

Se l'usufruttuario anticipa il capitale corrispondente ai debiti, la somma che paga gli vien restituita alla fine dell'usufrutto ma, aggiunge la legge, senza alcun interesse. Egli perde dunque l'interesse o, per meglio dire, è per questo interesse che contribuisce ai debiti. Se il proprietario non restituisce l'anticipo fatto dall'usufruttuario non appena estinto l'usufrutto, sarà tenuto agli interessi di pieno diritto, o non li dovrà che a partire dalla domanda giudiziale? A primo aspetto, si sarebbe tentati di rispondere che la questione è decisa dal testo del codice. Infatti, l'art. 1153 dice che « gl'interessi non sono dovuti che dal giorno della dimanda, eccetto nei casi in cui la legge li fa decorrere di pieno diritto ». Si è sostenuto che, in applicazione di questa disposizione, l'usufruttuario non avesse diritto agli interessi se non quando li domandasse in giudizio. Ma la Corte di cassazione ha rettamente deciso che l'art. 1153 non è applicabile ai rapporti fra l'usufruttuario ed il nudo proprietario (2). Perchè l'usufruttuario è tenuto agl'interessi dei debiti? Perchè gode degli interessi attivi, dei frutti e delle rendite. Il suo godimento finisce di pieno diritto alla sua morte o per le altre cause di estinzione ammesse dalla legge; cessando dal godere dei frutti, deve per lo stesso motivo cessare dal sopportare gl'interessi. Per l'opposto, il proprietario riprende di pieno diritto il godi-

(1) Proudhon, t. IV, p. 304, n. 1893-1896. Demolombe, t. IX, p. 468, n. 533 (Dalloz, alla parola *Usufruit*, n 467-471).
(2) Sentenza di rigetto del 23 aprile 1860 (Dalloz, 1860, 1, 228).

mento dei beni alla fine dell'usufrutto; godendo egli dei frutti, è ben giusto che debba pure sopportare gl'interessi. Dunque egli deve restituire all'usufruttuario il capitale anticipato da costui cogl'interessi a partire dall'estinzione dell'usufrutto; poichè se egli serbasse gl'interessi, sarebbe l'usufruttuario che continuerebbe a pagare gl'interessi dei debiti, allorchè il proprietario percepisce i frutti. Ecco perchè l'usufruttuario ha diritto agl'interessi *ipso jure* a partire dal momento in cui *ipso jure* perde il godimento.

31. L'usufruttuario che ha anticipato il capitale dei debiti vien surrogato nei diritti dei creditori contro il debitore? A termini dell'art. 1251, «il subingresso ha luogo di pieno diritto a favore di colui il quale, essendo obbligato *con* altri o *per* altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo». La questione è dunque di sapere se l'usufruttuario è obbligato *col* debitore o *per* lui. Lo si può contestare. Egli è obbligato, è vero, agl'interessi, ma quanto a questi non può trattarsi di subingresso, poichè l'usufruttuario li sopporta senza alcuna facoltà di regresso. Quanto al capitale, egli non n'è tenuto, poichè non può essere astretto a pagarlo. Proudhon obbietta ch'egli è interessato a pagarlo, poichè se non lo paga, il nudo proprietario può far vendere una parte dei beni soggetti all'usufrutto. L'interesse è evidente, ma basta l'interesse perchè vi sia surrogazione? Secondo il testo dell'art. 1251, bisogna rispondere negativamente, poichè la legge richiede che colui il quale paga sia *obbligato col* debitore o *per* lui mentre l'usufruttuario non è tenuto al soddisfacimento dei debiti nè col debitore, nè per lui. Proudhon cita l'art. 874, secondo cui il legatario particolare che ha soddisfatto il debito di cui era gravato l'immobile legato, rimane surrogato nei diritti del creditore. Ma vi è realmente analogia? Non ne pare. Quando l'immobile legato è ipotecato pel debito, il creditore ha un'azione ipotecaria contro il legatario, azione in seguito alla quale il legatario sarà costretto a pagare il debito in forza dell'esecuzione forzata, quando non preferisca di pagarlo per evitarla; laddove il creditore non ha alcuna azione contro l'usufruttuario pel pagamento del capitale; egli non può agire che contro il debitore. È vero che il nudo proprietario potrà domandare la vendita d'una parte dei beni, ma questa vendita non è una vendita forzata fatta in base all'istanza dei creditori, come ha luogo nel caso dell'art. 874, ed inoltre la vendita può non avvenire, poichè il nudo proprietario ha la scelta di anticipare il capitale dei debiti. Invano si dice che la condizione dell'usufruttuario merita maggior favore di quella del legatario, poichè questi è debitore, e l'altro no. Risponderemo che la surrogazione non può aver luogo appunto perchè egli paga senza nulla dovere (1).

---

(1) In senso contrario, PROUDHON, t. IV, p. 314, n. 1907.

32. « Se l'usufruttuario non vuol fare questa anticipazione, il proprietario ha la scelta o di pagare la somma o di far vendere fino alla debita concorrenza una porzione dei beni soggetti all'usufrutto ». Quando il proprietario paga la somma, l'usufruttuario gli corrisponderà gli interessi durante il suo godimento. Quando il proprietario procede alla vendita d'una parte dei beni soggetti all'usufrutto, l'usufruttuario perderà il godimento di questa: i frutti di cui è privato rappresentano la sua parte di contribuzione negli interessi del debito.

Per qual ragione la legge accorda al proprietario la scelta di far vendere una parte dei beni gravati d'usufrutto, scelta che egli non ha quando si tratta di carichi imposti sulla proprietà durante l'usufrutto? Perchè l'usufruttuario è debitore personale dei debiti, limitatamente agli interessi; egli dunque n'è tenuto sovra i suoi beni; laddove non è debitore personale dei carichi ai quali è obbligato personalmente il nudo proprietario.

Se il proprietario paga il capitale dei debiti, l'usufruttuario gli deve gl'interessi durante il suo godimento Si dice che gli debba questi interessi di pieno diritto, ma, per dir meglio, egli li deve perchè la legge vuole che contribuisca al pagamento dei debiti relativamente agl'interessi. L'usufruttuario li deve in ogni ipotesi per ciò soltanto che si rifiuta di fare l'anticipazione. Bisogna però che egli abbia rinunciato al diritto che la legge gli accorda di anticipare il capitale dei debiti. La legge non si spiega su questa rinuncia; si rimane dunque sotto l'impero del diritto comune. Taluno pretenderebbe che il nudo proprietario debba notificare un atto all'usufruttuario. L'art. 612 non richiede alcuna formalità: basta che l'usufruttuario sappia che vi sono debiti e non li paghi, perchè il nudo proprietario possa valersi del proprio diritto di far vendere i beni (1). Deve l'usufruttuario concorrere alla vendita? Si tratta anzitutto di determinare la parte dei beni che dovranno essere venduti. Qui è indispensabile il concorso dell'usufruttuario; egli ha un diritto reale sulla cosa, uno smembramento della proprietà, ed avrà quindi diritto di intervenire trattandosi della vendita di una cosa della quale ha in parte la proprietà. Anzi, fra i due, il maggiormente interessato è lui perchè è chiamato al godimento del fondo per tutta la vita, dove il nudo proprietario invece, nella pluralità dei casi, non riuscirà a goderne (2). Si potrebbe obbiettare che, secondo l'art. 612, è al proprietario che spetta di *far vendere* una porzione dei beni sottoposti all'usufrutto, il che sembra dare al proprietario il diritto di procedere alla vendita, e la scelta dei beni da vendersi. Il diritto di procedere, sì, ma la scelta, no, poichè la legge non lo dice. La nostra

---

(1) Tolosa, 9 dicembre 1833 (DALLOZ, alla parola *Usufruit*, n. 472). In senso contrario, DALLOZ, n. 478.

(2) Gand, 13 dicembre 1856 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 251).

conclusione è che avendo, così il proprietario come l'usufruttuario, veste ed interesse ad intervenire nella vendita, è necessario il concorso d'entrambi. Se non si pongono d'accordo, la decisione sarà al tribunale (1).

Vi è un diritto che la legge non accorda se non al proprietario, cioè la scelta di soddisfare egli stesso il debito o di far vendere una parte dei beni. L'usufruttuario non ha questa scelta, egli non può dunque domandare che si proceda alla vendita di una parte dei beni. La legge non gli conferisce che un diritto, quello di anticipare il capitale dei debiti. Se egli non ne usa, spetta al nudo proprietario di scegliere. Egli ha il diritto di pagar la somma, e in questo caso l'usufruttuario è tenuto a corrispondergli gl'interessi; l'usufruttuario non ha facoltà di richiedere che si proceda alla vendita (2).

33. Si domanda se il giudice possa determinare la parte contributiva dell'usufruttuario nei debiti, stimando il valore dell'usufrutto in ragione dell'età dell'usufruttuario e del suo stato di salute. La negativa è evidente. Noi abbiamo detto che, nell'antico diritto, il modo del procedimento era controverso; fu per togliere di mezzo ogni difficoltà che il legislatore ha stabilite le regole scritte nell'art. 612. Il giudice è vincolato da queste norme, come lo è da qualunque legge (3). È ben vero che il nudo proprietario e l'usufruttuario potrebbero derogare, con private convenzioni, alle disposizioni che regolano il pagamento dei debiti, poichè questa materia non è di ordine pubblico; ma il giudice non può imporre loro un modo di contribuzione diverso da quello stabilito dalla legge, poichè derogando alla legge si ricadrebbe nella difficoltà cui gli autori del codice hanno voluto metter fine.

Noi crediamo anche che il testatore potrebbe dispensare l'usufruttuario dal pagamento degl'interessi imponendo quest'onere al nudo proprietario. È stato deciso il contrario (4). Senza dubbio, il testatore che istituisce un legatario universale non può togliere ai creditori il diritto che loro deriva dalla legge contro questo successore; ma quando in base all'istanza dei creditori il legatario avrà pagato quella contribuzione nei debiti cui egli è tenuto, avrà regresso contro l'erede che il testatore può gravare del pagamento di tutti i debiti. Ciò s'applica tanto al legato d'usufrutto come al legato della piena proprietà. Gli è come se il defunto avesse lasciata al legatario universale dell'usufrutto una somma per pagare i debiti. Lo stesso è a dirsi delle con-

(1) Caen, 19 giugno 1858 (Dalloz, 1859, 2, 25), e Dalloz, alla parola *Usufruit*, n. 481, dove si citano le diverse autorità.

(2) Sentenza di rigetto 9 giugno 1855 (Dalloz, 1855, 1, 385).

(3) Riom, 12 febbraio 1830, e Bordeaux, 1.° marzo 1838 (Dalloz, alla parola *Usufruit*, n. 474 e 475).

(4) Montpellier, 12 gennaio 1832 (Dalloz, alla parola *Prêt à intérêt*, n. 197. In senso contrario, Genty, *De l'usufruit*, p. 203, n. 248).

venzioni che intervengono tra i diversi successori relativamente al pagamento dei debiti. Ecco un caso che si è presentato innanzi alla Corte di cassazione. La vedova, usufruttuaria universale in virtù del contratto di matrimonio, rinuncia al suo usufrutto limitandolo a taluni obbietti determinati. Rimarrà essa obbligata ai debiti nei limiti dell'art. 612? Crediamo opportuna una distinzione. Fra gli eredi del marito e la vedova, questa convenzione è certamente valida, come tutte quelle che intervengono circa la divisione dei beni e dei debiti. Ora, in forza di tale convenzione, la vedova cessa di essere usufruttuaria universale, dunque non è più tenuta ai debiti. Diversamente avviene per ciò che ha tratto ai rapporti fra l'usufruttuario universale ed i creditori. Questi derivano il proprio diritto d'agire contro la vedova dal testamento che l'ha istituita legataria universale; la vedova, limitando questo legato, implicitamente lo accetta, poichè essa non ha qualità per contrattare con gli eredi del marito che a titolo di legataria; quindi rimane obbligata riguardo ai creditori; nè può opporre ai medesimi la convenzione in conseguenza della quale essa non è più che un successore a titolo particolare, poichè i creditori non vi sono intervenuti. La Corte di cassazione non si è pronunciata sulla questione, perchè eravi una sentenza passata in giudicato che la decideva in favore della vedova. Non troviamo alcuna seria ragione per dubitare di ciò (1).

Sezione V. — Diritti ed obbligazioni del nudo proprietario.

§ I. — *Diritti del nudo proprietario.*

N. 1. — Atti di disposizione.

34. Il nudo proprietario conserva la proprietà della cosa gragata dall'usufrutto. Da ciò deriva il nome che gli si attribuisce. I giureconsulti romani arrivano a dire che a lui appartiene tutto il fondo soggetto all'usufrutto. Infatti, l'usufrutto non è che una servitù; ora, il proprietario del fondo serviente non cessa di esserne il proprietario. Lo stesso giureconsulto però che fa questa osservazione dice altrove che l'usufrutto, sotto taluni aspetti, è una parte del dominio (2). Ciò non è contestabile, poichè l'usufrutto è uno smembramento della proprietà, della quale l'usufruttuario ha quindi una frazione, il godimento; mentre al proprietario non rimane che una proprietà nuda, senza godimento. Essendo

---

(1) Sentenza di rigetto del 12 gennaio 1865 (Dalloz, 1866, 1, 129).
(2) L. 25, pr. D., *de verb. sign.* (Paul.), L. 4, D., *de usuf.* (VII, 1).

la proprietà smembrata, non è esatto dire che il nudo proprietario conserva il suo diritto integralmente: esso è necessariamente ristretto dal diritto di godimento che appartiene all'usufruttuario. Vi hanno due diritti reali sulla medesima cosa: val quanto dire che l'uno limita l'altro. Abbiamo veduto che il godimento dell'usufruttuario è limitato dalla proprietà che rimane al nudo proprietario. Vedremo ora come il diritto di proprietà nuda sia limitato dal godimento che appartiene all'usufruttuario. Il principio è identico: i due diritti sono reali, ed a questo titolo, eguali; uno dei proprietarii non può usare del suo diritto in modo da compromettere quello dell'altro. L'usufruttuario non può attentare ai diritti del proprietario; da parte sua, il nudo proprietario non può col suo fatto, nè in qualsiasi modo, nuocere ai diritti dell'usufruttuario (art. 599).

35. Il nudo proprietario può fare tutti gli atti di disposizione che non attentino ai diritti dell'usufruttuario. Egli può dunque alienare la cosa gravata d'usufrutto, venderla o donarla; poichè l'alienazione, come dice l'art. 621, non apporta alcun mutamento nel diritto dell'usufruttuario; egli ha sulla cosa un diritto che esercita, a chiunque si appartenga la nuda proprietà. Potendo il nudo proprietario alienare, possono altresì i suoi creditori esecutare la nuda proprietà e farla vendere. Siccome la nuda proprietà si vende difficilmente ed a condizioni svantaggiose, avviene talvolta che l'usufruttuario consenta a che simultaneamente si proceda alla vendita anche dell'usufrutto. In questo caso, come si ripartirà il prezzo fra l'usufruttuario ed il nudo proprietario od i suoi creditori? Bisogna applicare il principio che abbiamo fermato testè. La nuda proprietà e l'usufrutto sono due diritti distinti, due proprietà separate, appartenenti a persone diverse; vi sono quindi due venditori, e per conseguenza ciascuno ha diritto al prezzo della cosa che gli appartiene. Se la cosa venduta in piena proprietà è stata alienata per un prezzo unico, bisognerà procedere ad una ventilazione, vale a dire stimare il valore comparativo della nuda proprietà e dell'usufrutto, e fissare in conseguenza la parte del prezzo che appartiene a ciascuno dei venditori. L'usufruttuario non potrebbe domandare che la somma totale pagata dal compratore gli fosse rimessa per goderne vita durante. Questa pretensione sarebbe contraria al diritto del nudo proprietario, il quale, avendo venduto la nuda proprietà, ha diritto al prezzo (art. 1582) (1). Sarebbe così anche quando la vendita si facesse per espropriazione, e il quaderno d'oneri portasse che l'usufruttuario godrebbe del prezzo integrale durante l'usufrutto. Una simile clausola non può essere opposta ai creditori trattandosi di una convenzione loro estranea; essi esercitano sulla cosa venduta i diritti del loro debitore; ora costui

(1) Lyon, 7 novembre 1863 (Dalloz, 1864, 2, 54).

nudo proprietario, ha diritto al prezzo della nuda proprietà, siccome l'usufruttuario ha diritto al prezzo dell'usufrutto. Invano si direbbe che è la piena proprietà quella che è stata venduta. È vero, ma la piena proprietà divisa, formante due proprietà l'una dall'altra indipendenti, con due padroni; dunque debbono esservi due prezzi e, per conseguenza, bisogna procedere alla ventilazione per fissare un prezzo a parte per la nuda proprietà, il quale apparterrà ai creditori del nudo proprietario, ed un prezzo per l'usufrutto, che sarà rimesso all'usufruttuario (1).

36. Il nudo proprietario avendo il diritto di alienare, ha perciò appunto quello di consentire diritti reali sulla cosa gravata d'usufrutto. In teoria, ciò non presenta alcun dubbio; ma nell'applicazione, bisogna tener conto dei diritti dell'usufruttuario cui il nudo proprietario non può recare offesa. Può egli ipotecare? Sì, ma soltanto ciò che gli appartiene, la nuda proprietà; è solo all'estinzione dell'usufrutto che l'ipoteca si estenderà alla piena proprietà, come diremo al titolo delle *Ipoteche*. Può il nudo proprietario costituire delle servitù? Pothier e, dietro di lui, tutti gli autori distinguono. Se la servitù non altera per nulla il godimento dell'usufruttuario, il nudo proprietario può imporla; in questo caso, egli non nuoce ai diritti dell'usufruttuario, poichè costui non vi ha alcun interesse. Tale sarebbe la servitù di non elevare la casa ad un'altezza maggiore dell'attuale; infatti, non avendo l'usufruttuario il diritto di godere della casa che nello stato in cui si trova, non potendo elevarla, è evidente che non ha alcun interesse a reclamare contro la servitù. Ma, dice Pothier, il nudo proprietario non potrebbe imporre una servitù in pregiudizio dell'usufruttuario, vale a dire una servitù che l'usufruttuario ha qualche interesse d'impedire: tale sarebbe una servitù di veduta o di stillicidio (2). Si potrà concludere da ciò che la servitù sarebbe nulla? Pothier non dice questo. Avendo il nudo proprietario la proprietà del fondo ha il diritto d'imporvi una servitù; solamente questa servitù non potrà nuocere all'usufruttuario. Se gli è di danno, il proprietario del fondo dominante non potrà esercitarla che all'estinguersi dell'usufrutto. Occorrerebbe il consenso dell'usufruttuario perchè la servitù potesse venire esercitata durante il suo godimento.

La qualità di proprietario è pur necessaria per acquistare una servitù a vantaggio di un fondo, come diremo al titolo delle *Servitù*. Il nudo proprietario può dunque acquistare una servitù a favore del fondo gravato d'usufrutto; lungi dal nuocere all'usufruttuario, essa gli procura un vantaggio. Il nudo proprietario non ha bisogno del consenso dell'usufruttuario; egli potrebbe anche acquistarla contro la volontà di lui. È questa la decisione

---

(1) Sentenza di cassazione del 24 novembre 1858 (Dalloz, 1858, 1, 438).
(2) Pothier, *Du douaire*, n. 242. Quest'è l'opinione di tutti gli autori (Dalloz alla parola *Servitude*, n. 963).

delle leggi romane seguìta da Pothier; mediante questo acquisto, egli dice, il proprietario non solo non altera l'usufrutto, ma lo migliora (1). Vi ha tuttavia una lieve ragione di dubbio. Se la servitù consiste nel fare, l'usufruttuario sarà obbligato ad esercitarla, e sarà responsabile se, non avendola esercitata, essa si estingua. In questo caso, l'acquisto della servitù potrebbe riuscire gravoso all'usufruttuario, se però egli non ha alcun interesse a che sia costituita. Noi crediamo che la servitù sarebbe sempre validamente acquistata; ma se l'usufruttuario vi si fosse opposto, non incorrerebbe in alcuna responsabilità pel non uso. Secondo il rigore dei principii egli non avrebbe neppur bisogno di far opposizione, poichè il nudo proprietario non ha diritto d'imporre una nuova responsabilità all'usufruttuario senza il suo consenso.

37. Il nudo proprietario può promuovere tutte le azioni concernenti la nuda proprietà senza il concorso dell'usufruttuario. Se la domanda interessa esclusivamente la nuda proprietà l'usufruttuario non ha neppure il diritto d'intervenire nella causa. Tale sarebbe il litigio che insorgesse tra due eredi sulla proprietà d'un fondo gravato d'usufrutto; l'usufruttuario non ha alcun interesse nella controversia, poichè non è contestato il suo diritto. Anche quando l'azione interessasse altresì l'usufruttuario, il nudo proprietario potrebbe promuoverla, beninteso nei limiti del suo diritto. Perciò il nudo proprietario può rivendicare il fondo che gli appartiene, ma se promuove l'azione da solo, non può domandare il godimento che non gli appartiene. Per conseguenza egli non può reclamare i frutti che il possessore avesse percepiti e che deve restituire, se i frutti sono stati percepiti dopo che è cominciato l'usufrutto (2).

L'azione per regolamento di confini interessa egualmente il nudo proprietario e l'usufruttuario. Noi abbiamo detto che l'usufruttuario può promuoverla (3). Il nudo proprietario ha il medesimo diritto, l'art. 646 glielo accorda in termini formali. Se la domanda fosse conseguenza di una usurpazione della proprietà, implicherebbe un'azione di rivendicazione, e troverebbe pertanto applicazione ciò che abbiamo detto testè: le restituzioni di frutti non potrebbero essere aggiudicate al nudo proprietario, se i frutti fossero stati percepiti dopo l'inizio dell'usufrutto (4).

Ai nudi proprietarii spetta pure l'azione di divisione; essi possono dividere l'eredità senza il concorso dell'usufruttuario; beninteso che la divisione non avrà effetto che per la nuda

---

(1) Pothier, *Du douaire*, n. 243.

(2) Genty, *De l'usufruit*, p. 137, n. 168. Proudhon, t. III, p. 215, n. 1239. Sentenza di rigetto del 20 gennaio 1841 (Dalloz, alla parola *Usufruit*, n. 63).

(3) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 367.

(4) Aubry e Rau, t. II, p. 508, nota 8 e gli autori che vi sono citati.

proprietà. In questo caso, l'usufruttuario non ha diritto neppure ad intervenirvi. Donde segue che se egli acquistasse la parte di uno dei comproprietarii per indiviso, potrebbe essere escluso dalla divisione, per mezzo del retratto successorio, essendo egli estraneo alla divisione, quantunque abbia l'usufrutto dei beni che ne formano l'obbietto; la sua qualità d'usufruttuario non gli attribuisce alcun diritto sulla proprietà, nè quello di prendere parte agli atti i quali non risguardano che la nuda proprietà (1). Dovremo ritornare su questo punto al titolo delle *Successioni.* I nudi proprietarii avrebbero il diritto di procedere alla divisione dei beni, ancorchè l'atto costitutivo dell'usufrutto l'avesse proibito. La questione si è presentata nella specie che segue. Per contratto di matrimonio i futuri coniugi avevano stipulato che il superstite avrebbe l'usufrutto di tutti i beni del defunto, se non vi fossero figli nati dal matrimonio, e che gli eredi del defunto non avrebbero diritto alla divisione che alla morte del coniuge superstite. Non ostante questa clausola, gli eredi nudi proprietorii procedettero alla divisione dei beni, e la Corte di Metz la convalidò (2). La legge attribuisce a tutti coloro che sono in comunione il diritto di domandare la divisione non ostante proibi zioni e convenzioni contrarie; si può solamente convenire di sospendere la divisione per cinque anni (art. 815). Ma questa deroga presuppone il consenso dei comunisti. Nella specie, vi era un contratto, ma quelli che vi figuravano come parti, i futuri coniugi, non erano in comunione; erano donanti che volevano imporre una proibizione ai loro eredi: ora, l'art. 815 dichiara nulle queste proibizioni.

N. 2 — Atti di godimento.

38. A rigor di principio, il nudo proprietario non può usare della cosa, nè goderne, poichè il diritto di usare e di godere è staccato dalla proprietà ed appartiene all'usufruttuario. Tuttavia vi sono atti di godimento che l'usufruttuario non può fare. Donde la quistione di sapere se il proprietario possa percepire tutto il beneficio che non appartiene all'usufruttuario. Bisogna applicare al diritto di godimento ciò che abbiamo detto del diritto di disposizione; il proprietario profitta dei beneficii che non sono attribuiti all'usufruttuario, a condizione di non nuocere ai diritti di costui (art. 599). Così il nudo proprietario ha diritto alla metà del tesoro scoverto nel suo fondo da un terzo; poichè la legge attribuisce questa metà al proprietario, ed è ben evidente che conseguendo questo dono della fortuna, il nudo proprie-

(1) Genty, *De l'usufruit,* p. 135, n. 165.
(2) Metz, 3 giugno 1855 (Dalloz, 1856, 2, 204).

tario non nuoce ai diritti dell'usufruttuario, non avendo costui alcun diritto al tesoro in virtù del suo usufrutto (art. 598). Egli è lo stesso degli alberi di alto fusto divelti o spezzati per accidente; l'usufruttuario non vi ha diritto che per fare le riparazione cui è tenuto; se dunque non vi sono riparazioni a fare, gli alberi appartengono al proprietario.

Potrebbe il nudo proprietario abbattere alberi di alto fusto? Egli ha diritto a questi alberi come ad un prodotto del fondo che non è considerato come frutto, e che per conseguenza non appartiene all'usufruttuario; ma questo diritto è limitato dal principio scritto nell'articolo 599 che non gli permette di nuocere, in qual si voglia modo, ai diritti dell'usufruttuario. Ora, l'usufruttuario ha il diritto di godere della cosa nello stato in cui si trova quando incomincia l'usufrutto; egli ha dunque il diritto di godere degli alberi di alto fusto, non fosse altro che a titolo di abbellimento; donde Pothier conclude con ragione che non è permesso al proprietario di abbattere il bosco. Egli pone tuttavia una restrizione: se il bosco, in causa della vetustà degli alberi, fosse talmente secco nella parte superiore da rendere necessario l'abbattimento per impedirne il deperimento e la perdita, l'usufruttuario non potrebbe in questo caso opporvisi: il taglio del bosco sarebbe allora un atto conservativo che il nudo proprietario ha il diritto di fare, e che per conseguenza l'usufruttuario non può impedire (1). Tuttavia il rigore del diritto ci obbliga a non ammettere la dottrina di Pothier che con una riserva. Senza dubbio il proprietario può fare gli atti conservativi; ma nulla può fare che noccia ai diritti dell'usufruttuario. Perchè egli possa abbattere gli alberi la cui corona è secca, occorre dunque che consti che i boschi d'alto fusto non procurano all'usufruttuario nè diletto nè utilità (2).

Pothier ammette ancora un'altra eccezione; il proprietario, egli dice, può altresì quando occorrano riparazioni straordinarie abbattere in un bosco d'alto fusto tanti alberi quanti ne abbisognano per le dette riparazioni. Noi crediamo che quest'opinione debba essere accolta anche sotto l'impero del codice civile. L'articolo 592, quantunque proibisca all'usufruttuario di toccare gli alberi di alto fusto, gli permette di fare abbattere alberi per le riparazioni cui è tenuto. Vi è più che analogia in favore del nudo proprietario, poichè gli alberi di alto fusto gli appartengono; se egli non può abbatterli, è unicamente perchè non può nuocere ai diritti dell'usufruttuario. Ora si nuoce forse ai diritti dell'usufruttuario tagliando una o due querce in un bosco d'alto fusto? Ciò non impedirà all'usufruttuario di

---

(1) POTHIER, *Du douaire*, n. 240. La sua opinione è seguita da tutti gli autor (DALLOZ, alla parola *Usufruit*, n. 299).

(2) Così fu deciso dalla Corte di Poitiers, 2 aprile 1818 (DALLOZ, alla parol *Usufruit*, n. 299).

godere del bosco a titolo di diletto, ed è questo pressochè l'unico diritto che egli vi esercita, poichè, quanto ai prodotti degli alberi che egli fa suoi a termini dell'art. 593, è cosa di sì poca importanza per taluni alberi, che il giudice potrebbe rispondere come già il magistrato romano: *de minimis non curat prætor* (1).

Infine Pothier insegna che l'usufruttuario *sembra* non avere interesse per impedire al proprietario di abbattere le querce sparse nei campi, purchè ne lasci più che non ne occorrano per le riparazioni usufruttuarie che potrebbero sopravvenire. Su questo punto vi è qualche dubbio, e Pothier stesso non si esprime con piena certezza. Demolombe esita del pari, per la ragione che il nudo proprietario non può nulla intraprendere sulla cosa durante l'usufrutto. Ma l'asserzione è troppo assoluta. Le querce sparse sono alberi di alto fusto; l'usufruttuario non vi ha dunque alcun diritto; se del resto, come Pothier suppone, egli non ha alcuno interesse a che siano conservate, il nudo proprietario può abbatterle, essendo un prodotto che gli appartiene, a condizione di non nuocere all'usufruttuario. È dunque piuttosto una questione di fatto che di diritto.

Vi sono autori i quali pensano che il nudo proprietario debba indennizzare l'usufruttuario del pregiudizio che gli cagiona abbattendo gli alberi. Altri decidono che l'usufruttuario non ha diritto ad alcuna indennità, poichè il nudo proprietario non ha fatto che usare del suo diritto; così invocano l'adagio che colui il quale usa del suo diritto non reca ingiuria a nessuno. Ci sembra che gli uni e gli altri s'ingannino. Se fu realmente cagionato un pregiudizio, il nudo proprietario non ha più diritto alcuno, poichè la legge dice ch'egli nulla può fare che nuoccia all'usufruttuario (art. 599); dunque l'usufruttuario potrà opporsi a che il proprietario abbatta gli alberi ch'egli non ha il diritto di tagliare, e se costui lo facesse non ostante quest'opposizione sarebbe certamente tenuto ai danni-interessi (2).

39. Il nudo proprietario ha il diritto d'invigilare alla conservazione delle cose soggette all'usufrutto. Questo diritto non potrebbe essergli contestato; esso deriva dalla proprietà. Ma la difficoltà è di conoscere quali atti il proprietario può fare da sè stesso, e quali atti può obbligare l'usufruttuario a compiere, poichè questi ha l'obbligo della conservazione della cosa. Proudhon stabilisce come principio che il nudo proprietario può immediatamente prendere egli stesso tutte le misure conservative che si rendano necessarie. Ciò è troppo assoluto. È l'usufruttuario che gode: questo godimento è un diritto reale, dunque un diritto esclusivo tanto per l'usufruttuario che pel proprietario. La conseguenza è che il nudo proprietario nulla può fare che turbi il godimento dell'usufruttuario. Se costui mal conserva la cosa,

---

(1) Nel medesimo senso, gli autori moderni (Demolombe, t. X, p. 368, n. 418).
(2) Vedi le diverse opinioni in Dalloz, alla parola *Usufruit*, n. 300.

il proprietario potrà agire contro di lui. Ma non può fare egli stesso gli atti conservativi, come qualunque specie di atti, che a condizione di non nuocere ai diritti dell'usufruttuario. Così, può egli stabilire una guardia per la tutela delle sue foreste ed un custode per la sicurezza della sua casa? Sì, dice Proudhon, ed anche contro la volontà dell'usufruttuario (1). Ma ciò ne sembra dubbio, perchè si tratterebbe quasi d'una sorveglianza al godimento dell'usufruttuario, e quindi di una molestia, di un ostacolo per lui. È ben vero che l'usufruttuario non gode da buon padre di famiglia, che egli non adempie alla sua obbligazione Ma se coltivasse male, sarebbe questa una ragione perchè il nudo proprietario coltivasse in sua vece? Non vi è luogo che ad un'azione diretta ad ottenere, o i danni-interessi o la cessazione dell'usufrutto.

Vi sono atti conservativi che, secondo l'opinione nostra, il nudo proprietario è obbligato a fare, cioè le riparazioni straordinarie; anche nell'opinione contraria, egli ha il diritto di farli, e siccome l'usufruttuario non vi è tenuto, è certo che il nudo proprietario può procedervi, senza che l'usufruttuario possa dolersi d'una privazione di godimento. A termini dell'art. 1724, il locatario ha diritto ad un'indennità, quando le riparazioni durano oltre quaranta giorni. È certo che questa disposizione non è applicabile all'usufruttuario; essa attiene alla natura della locazione che obbliga il locatore a far godere il conduttore, mentre il nudo proprietario non ha alcuna obbligazione a questo riguardo. Qui si può letteralmente dire che riparando la cosa egli usa del suo diritto, e che perciò non fa torto a nessuno. Pel medesimo motivo, egli può ricostruire ciò che cade per vetustà o vien distrutto da un incendio. Egli non vi è obbligato. ma la sua qualità di proprietario gliene dà il diritto, e l'esercizio di questo diritto non potrebbe nuocere all'usufruttuario. Tutti sono d'accordo su questo punto (2).

40. Può il nudo proprietario far migliorie sulla cosa soggetta ad usufrutto? Tale diritto gli spetta per la sua qualità di proprietario: ma anche nell'esercizio di questo, egli non può attentare ai diritti dell'usufruttuario. Noi abbiamo già detto in qual senso e con quali restrizioni, a nostro parere egli può acquistare una servitù per l'utilità o la comodità del fondo. Può egli costruire un edificio sopra un terreno non fabbricato? Pothier distingue e Proudhon lo imita: sì, se l'edificio è necessario od utile alla coltivazione del dominio: no, s'è una costruzione inutile (3). Anche nel primo caso noi non crediamo che il nudo proprie-

---

(1) Proudhon, t. II, p. 439, n. 873. Pothier, *Du douaire*, n. 241. Confronta Genty, *De l'usufruit*, p. 133, n. 162.

(2) Vedi le autorità citate da Aubry e Rau, t. II, p. 508, e nota 10.

(3) Pothier, *Du douaire*, n. 241. Proudhon, t. II, p. 441, n. 875. Confronta Aubry e Rau, t. II, p. 506, nota 3, e le autorità ivi citate.

tario possa costruire, contro la volontà dell'usufruttuario, poichè ne risulterebbe necessariamente, durante la costruzione, una turbativa nel suo godimento. Per di più si attenterebbe al suo diritto; essendo l'usufrutto costituito sovra un terreno nudo di fabbriche, l'usufruttuario ha il diritto di goderne come tale, ed il nudo proprietario non ha facoltà di mutare questo godimento.

41. La restrizione posta dall'art. 599 all'esercizio dei diritti che il nudo proprietario tiene dal suo dominio non riceve applicazione per ciò che riflette le cose che il nudo proprietario possiede in piena proprietà. Egli ha, in questo caso, due qualità. Come detentore d'un fondo gravato di servitù, nulla può fare che possa nuocere ai diritti dell'usufruttuario; come proprietario del fondo non soggetto all'usufrutto, egli gode d'una piena libertà, nel senso che egli riceve norma dal diritto comune. Egli potrebbe dunque innalzare la casa di cui na la piena proprietà, senza che l'usufruttuario abbia il diritto di dolersi che si diminuiscano le sue luci; poichè non è il nudo proprietario che modifica il suo godimento, ma un proprietario che, in tal qualità non ha verso l'usufruttuario alcun obbligo all'infuori di quello che il diritto comune stabilisce nei rapporti fra vicini. Proudhon, pure accettando questa decisione, vi fa una restrizione che noi non potremmo ammettere, distinguendo tra il maggiore o minore pregiudizio che l'elevazione cagionerebbe all'usufruttuario: ma con ciò si viene ad applicare al proprietario una limitazione la quale non colpisce che il nudo proprietario (1).

42. Il nudo proprietario non ha dunque, come tale, diritti utili di godimento durante l'usufrutto. È l'usufruttuario che gode; tutto ciò che il proprietario può fare, è d'invigilare a che l'usufruttuario adempia alle obbligazioni che gli sono imposte. Egli può agire a questo effetto contro l'usufruttuario, sia per costringerlo a compiere le sue obbligazioni sia per reclamare danni-interessi in caso d'abuso. Noi rinviamo a ciò che abbiamo detto su questa materia, trattando delle obbligazioni dell'usufruttuario (2). Se l'abuso è grave, il nudo proprietario può domandare l'estinzione dell'usufrutto, come diremo in appresso.

§ II. — *Obbligazioni del nudo proprietario.*

43. Nel senso stretto della parola, il nudo proprietario non ha obbligazioni di fronte all'usufruttuario; detentore d'un fondo

---

(1) PROUDHON, t. II, p. 444, n. 849. Confronta AUBRY e RAU, t. II, p. 507 e nota 4.

(2) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, nn. 500, 520 e 533.

gravato di servitù, egli è solamente tenuto a soffrire ed a non fare. Tuttavia il codice non ha applicato questo principio col rigore che distingue i giureconsulti romani. Esso mette le riparazioni straordinarie a carico del nudo proprietario (art. 605), il che nella nostra opinione, significa che egli può essere costretto a farle. Fuori di questo caso, il nudo proprietario non ha obbligazioni propriamente dette (1).

Si dice di solito che il nudo proprietario è tenuto a far la tradizione della cosa soggetta all'usufrutto. Ciò non è esatto; il nudo proprietarlo, come tale, non è obbligato a far la tradizione; se deve farla, è perchè il titolo costitutivo dell'usufrutto ve l'obbliga. Bisogna dunque distinguere. Quando l'usufrutto non emana dal nudo proprietario, costui non è certo obbligato alla tradizione, non essendo possessore. Tale sarebbe il caso in cui il testatore legasse la nuda proprietà d'un fondo a Pietro e l'usufrutto a Paolo. È l'erede, in questo caso, che possiede; è contro di lui che il legatario dell'usufrutto deve agire per ottenere la tradizione della cosa, il nudo proprietario non ha nè veste nè obbligo di farla. Se l'usufrutto è costituito mediante vendita o donazione, il venditore od il donante è naturalmente tenuto alla tradizione, non come nudo proprietario, ma in forza del contratto: il venditore, ed il donante sono allora debitori, e l'usufruttuario è creditore: ciò significa che i diritti e le obbligazioni sono convenzionali e nulla han di comune col diritto reale d'usufrutto (2). L'obbligo della tradizione è regolato dai principii generali che regolano le obbligazioni del venditore e del donante; noi li esporremo al titolo della *Vendita.* Abbiamo già detto ch'egli non è obbligato a consegnare la cosa in buono stato di riparazioni ordinarie. Rinviamo alla interpretazione che abbiamo data all'art. 600 (3).

Ha l'usufruttuario diritto alla garantia? Come usufruttario, no, poichè come tale non è creditore. Egli non può aver diritto alla garantia che in virtù del contratto costitutivo dell'usufrutto. Anche qui bisogna applicare i principii generali. Se si tratta di vendita, il venditore è tenuto alla garantia; se di una donazione, il donante non risponde che dei suoi fatti personali (4). La sede della materia è ai titoli della *Vendita* e delle *Donazioni,* cui rinviamo.

44. Trattando dei diritti del nudo proprietario, abbiamo detto che l'articolo 599 li restringe nel senso ch'egli nulla può fare che attenti ai diritti dell'usufruttuario (n. 34). Ciò non costituisce una obbligazione propriamente detta, poichè non de-

(1) Genty, *De l'usufruit,* p. 128, n. 159. Confronta il tomo V dei miei *Principii,* n. 548.

(2) Proudhon, t. III, p. 633, n. 1160. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 125, n. 193.

(3) Vedi il tomo VI dei miei *Principii,* n. 544.

(4) Proudhon, t. III, p. 436, n. 1462.

riva da un vincolo personale che la convenzione abbia stabilito tra il nudo proprietario e l'usufruttuario; è l'applicazione d'un principio generale che regola le servitù. A termini dell'art. 701, il proprietario del fondo serviente nulla può fare che valga a diminuirne l'uso od a rendere più incomodo l'esercizio della servitù. Ora, il nudo proprietario è detentore del fondo serviente, e la servitù restringe naturalmente il suo diritto di proprietà. Facciamo quindi rimando a ciò che si disse trattando dei diritti del nudo proprietario. È stato deciso, in applicazione dell'art. 599, che il nudo proprietario non può fare alcuna innovazione sul fondo gravato d'usufrutto senza il consenso dell'usufruttuario, beninteso se questa innovazione può nuocere ai diritti dell'usufruttuario, e non, come dice Dalloz, anche nel caso in cui l'innovazione fosse tutta a vantaggio dell'usufruttuario. La medesima sentenza ha deciso che l'usufruttuario può domandare la distruzione dei lavori fatti dal nudo proprietario (1). È questo il diritto comune, il quale ha qui di singolare che il proprietario è tenuto a distruggere ciò che ha costruito sul suo proprio fondo; ciò accade perchè questo fondo non è più libero, ma è gravato d'una servitù che diminuisce i diritti del proprietario.

§ III. — *Rapporti fra il nudo proprietario e l'usufruttuario.*

45. La maggior parte degli autori dicono che l'usufruttuario ed il nudo proprietario sono socii o comunisti. È una quistione dottrinale piuttosto che pratica, salvo le conseguenze che ne derivano relativamente al mandato. Noi crediamo non esservi società tra l'usufruttuario ed il nudo proprietario. I loro diritti sono distinti e separati, quantunque cadano sulla medesima cosa. Il fatto che due persone abbiano un diritto reale sopra una sola e medesima cosa non costituisce fra di loro nè società nè comunione. Si è mai pensato a dire che vi fosse società tra il proprietario di un fondo ipotecato ed il creditore ipotecario, o tra i diversi creditori ipotecari? Neppure ve n'ha tra il nudo proprietario e l'usufruttuario (2). Questa teoria del resto è affatto inutile; si possono benissimo spiegare i rapporti che esistono fra il nudo proprietario e l'usufruttuario, senza ricorrere al presupposto di una società; essi scaturiscono naturalmente dai principii che regolano le servitù.

46. L'usufruttuario è forse mandatario nel nudo proprietario? Nell'antico diritto, era questo un punto assai controverso. Gli uni negavano che l'usufruttuario fosse mandatario, altri ammettevano un mandato tacito, ma si sciendevano sull'estensione di questo mandato che si riteneva generale da taluni, speciale

---

(1) Lione, 15 dicembre 1832 (Dalloz, alla parola *Usufruit*, n. 590).
(2) Genty, *De l'usufruit*. p. 134, n. 164. Confronta Proudhon, t. I, p. 7, n. 7.

dagli altri (1). Quest'ultima opinione era quella di Dumoulin, ed è la sola che c'interessi, poichè è stata riprodotta sotto l'impero del codice civile da Proudhon. Sol perchè, diceva Dumoulin, l'usufruttuario è custode della cosa ch'è tenuto a conservare, egli ha un mandato tacito dal nudo proprietario di fare tutto ciò che concerne la conservazione dei suoi diritti. Dumoulin qualifica questo mandato come generale, nel senso che comprende tutti gli atti che l'usufruttuario deve fare come custode. Ma non è generale nel senso proprio della parola; Dumoulin stesso dice che questo mandato non concerne che la custodia e l'amministrazione della cosa, che è estraneo agli altri interessi del nudo proprietario (2). La teoria di un mandato tacito, com'è insegnata da Proudhon (3), ci sembra altrettanto inammissibile ed inutile quanto quella della società. Essa suppone che l'usufruttuario sia mandatario nel suo interesse ed insieme in quello del proprietario. Questa idea d'un mandato conferito nell'interesse del mandatario è sconosciuta alle nostre leggi; in diritto romano, essa fondasi sopra una cessione di azioni che si suppone venga fatta dal mandante al mandatario. Ora, a che pro immaginare una cessione di azioni fatta dal nudo proprietario? Forse per autorizzare l'usufruttuario ad agire contro i terzi che, turbando il suo godimento, compromettono nel contempo i diritti del proprietario? L'usufruttuario non ha bisogno che gli si cedano azioni; egli ha il diritto e, in un certo senso ancora, l'obbligo di agire. Del resto la legge provvede agl'interessi del proprietario, obbligando l'usufruttuario a denunciargli le usurpazioni che fossero commesse sul fondo, come tutti gli atti che attentassero ai suoi diritti. Con ciò il proprietario è posto in grado di agire e diviene inutile ogni cessione di azioni.

Ma la questione ha ancora un altro aspetto. Si domanda se gli atti di conservazione fatti dall'usufruttuario giovino al nudo proprietario. Noi abbiamo deciso la quistione affermativamente. Vi sono atti di conservazione che non sono contemplati dall'art. 614, tali sono le interruzioni della prescrizione, la rinnovazione delle iscrizioni ipotecarie. Qui è l'usufruttuario che deve prendere l'iniziativa; ciò costituisce un diritto a riguardo suo, ed una obbligazione a riguardo del proprietario. Donde derivano questo diritto e quest'obbligazione? Da una parte, l'usufruttuario è tenuto a conservare in virtù dell'essenza stessa dell'usufrutto; egli deve restituire la cosa non deteriorata nè diminuita per sua colpa. Dall'altra, il nudo proprietario, estraneo al godimento ed all'amministrazione, è interessato a che l'usufruttuario conservi la proprietà contemporaneamente al godimento; si può dunque ammettere che egli consenta a che l'usufruttuario agisca

---

(1) PROUDHON, t. I, p. 37 e seg., n. 39.
(2) DUMOULIN, *Coutume de Paris*, t. I, § I, nn. 15 e 16.
(3) PROUDHON, p. 31 e seg., nn. 37 e 38. In senso contrario, GENTY, p. 122, nn. 150 e 151.

in suo nome. Da questo duplice interesse che in sostanza è identico, si può inferire un consenso tacito che equivale al mandato (1). Ma da ciò ad un mandato generale, come è formulato da Proudhon sull'orme di Dumoulin, la differenza è grande. Proudhon stesso non ammette le conseguenze di questo preteso mandato. Se l'usufruttuario fosse mandatario generale del nudo proprietario, anche nei limiti tracciati da Dumoulin, per la difesa, la custodia, l'amministrazione e la conservazione del fondo, egli avrebbe il diritto di rappresentarlo in giudizio, e per conseguenza le sentenze ottenute in confronto dell'usufruttuario avrebbero forza di cosa giudicata al riguardo al proprietario. Noi diremo, al titolo delle *Obbligazioni*, quali siano i principii che regolano la cosa giudicata; pel momento ci limitiamo ad enunciare la dottrina che viene generalmente seguìta. Le sentenze che l'usufruttuario ha ottenuto in possessorio ed anche in petitorio profittano al nudo proprietario; ma quelle che sono pronunziate contro l'usufruttuario non possono essere opposte al nudo proprietario.

47. Se vi è, in un certo senso, un mandato tacito conferito dal nudo proprietario all'usufruttuario, si dovrà ammettere altresì che il nudo proprietario sia mandatario dell'usufruttuario? Qui mancano le basi del mandato tacito. Nulla impedisce all'usufruttuario che si trova in possesso, che gode, che amministra, d'invigilare egli stesso ai suoi interessi; sarebbe rovesciare l'ordine naturale delle cose supporre che l'usufruttuario conferisca mandato al nudo proprietario di conservare i suoi diritti di godimento, allorchè il nudo proprietario ignora ciò che vi è a fare per la conservazione di questi diritti, mentre ciò è ben conosciuto soltanto dall'usufruttuario. Senza dubbio vi sono atti di conservazione che possono farsi tanto dal nudo proprietario che dall'usufruttuario: tale sarebbe l'assicurazione delle cose soggette all'usufrutto. Supponiamo che solo il nudo proprietario faccia l'assicurazione del fondo, ed assicuri la proprietà intera. Egli solo paga il premio. Di lì a poco le cose periscono. L'usufruttuario può reclamare il godimento dell'indennità pagata al nudo proprietario? È stato giudicato che non vi aveva alcun diritto (2). È vero che l'usufruttuario ed il nudo proprietario sono entrambi interessati ad assicurare le cose gravate d'usufrutto, ma questo interesse comune non basta a far considerare il proprietario come mandatario del primo. Si obbietta che l'assicurazione stipulata dall'usufruttuario profitta al nudo proprietario (3). Ma la condizione del nudo pro-

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, nn. 530 e 531.
(2) Besançon, 26 febbraio 1856 (Dalloz, 1856, 2, 96). Confronta Proudhon, t. IV, p. 49 e 59, n. 1601 e seg.
(3) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 530.

prietario è ben diversa da quella dell'usufruttuario. Il primo non è tenuto a conservare la cosa, non è tenuto ad invigilare sugli interessi dell'usufruttuario; mentre che questi è obbligato a conservare la cosa e per la stessa ragione deve invigilare sugl'interessi del proprietario. Si può dunque ammettere che quando l'usufruttuario fa un atto di conservazione che necessariamente interessa il nudo proprietario, lo faccia per tutelare un interesse comune. All'opposto, il nudo proprietario che fa un atto conservativo, come l'assicurazione, agisce nel suo solo interesse; egli ha di mira tanto la proprietà quanto anche il godimento che deve pure devolversi a lui, e può anzi ritornargli da un giorno all'altro. Egli ha dunque interesse ad assicurare la piena proprietà, quantunque momentaneamente non abbia il godimento (1). Non si può dire altrettanto dell'usufruttuario; egli non ha alcun diritto alla proprietà, e non è interessato a conservarla che per assicurare il suo godimento.

48. Da ciò consegue che il nudo proprietario non ha alcuna qualità per rappresentare l'usufruttuario in giudizio. Ecco perchè l'usufruttuario può fare opposizione di terzo contro le sentenze rese in confronto del nudo proprietario quando pregiudicano ai suoi diritti. Egli non potrebbe far tale opposizione se fosse rappresentato dal proprietario, poichè in questo caso la sentenza sarebbe resa anche in confronto di lui, in quanto le pronunzie avvenute rispetto al mandatario, lo sono pure rispetto al mandante (2).

In conclusione, quando il nudo proprietario o l'usufruttuario agiscono in giudizio, i convenuti hanno interesse e diritto a richiedere l'intervento in causa, sia dell'usufruttuario, sia del nudo proprietario. Se trionfano, non possono opporre la sentenza a chi non è stato parte in causa, di guisa che potrebbero essere obbligati a ricominciare un secondo giudizio nel quale potrebbe pure accadere che soccombessero; ovvero la sentenza potrebbe essere impugnata coll'opposizione di terzo, ed anche in questo caso non sarebbe impossibile che perdessero la lite.

49. Il nudo proprietario e l'usufruttuario hanno interessi comuni; ma possono differire di parere su ciò che convenga fare per tutelare questo interesse. Fra le cose soggette all'usufrutto, si trovano delle azioni di una società anonima. Se non si sono ancora eseguiti tutti i versamenti, chi li farà, il nudo proprietario o l'usufruttuario? È l'azionista che deve versare il capitale delle azioni: ora l'usufruttuario non è azionista epperò i versamenti dovranno farsi non già da lui, ma dall'azionista, cioè dal nudo proprietario. Ma che avverrà se costui non ese-

---

(1) In senso contrario AUBRY e RAU, t. II, p. 513 e nota 21.

(2) AUBRY e RAU, t. II, p. 493 e nota 69. PROUDHON tratta lungamente dell'opposizione di terzo, t. III, p. 266, n. 1287 e seg.

guisce tale suo obbligo e viene quindi a compromettere il diritto di godimento dell'usufruttuario? Potrà egli invocare questo suo interesse per obbligare il nudo proprietario a completare i suoi versamenti? A rigor di principio, l'usufruttuario non ha azione contro il nudo proprietario, egli non è creditore, ed il nudo proprietario non è debitore. Se dietro il rifiuto del nudo proprietario, l'usufruttuario versa i fondi, avrà egli regresso contro il nudo proprietario? Egli ha il diritto di godere del vantaggio che gli procura l'azione, ha dunque interesse a fare i versamenti; questi versamenti profittano al nudo proprietario. Si dovrà concludere da ciò, che l'usufruttuario agisca qui come mandatario o gestore di negozi? Noi crediamo che non siavi nè mandato nè gestione di negozi. Avendo il nudo proprietario ricusato di eseguire i versamenti, non può parlarsi più di un mandato che egli conferirebbe all'usufruttuario. D'altra parte non vi è gestione di negozi quando il proprietario ricusi di agire. L'usufruttuario ha dunque solamente quell'azione che gli spetta nel caso in cui abbia fatto delle spese utili, azione fondata sull'equità e limitata all'utilità che egli procura al nudo proprietario.

Può presentarsi un'altra difficoltà. La società fa una nuova richiesta di fondi creando nuove azioni. È il nudo proprietario che dovrebbe versare; egli vi si rifiuta, e l'usufruttuario lo fa in sua vece. Avrà egli il regresso? Quest'ipotesi differisce da quella che abbiamo già esaminata. Le nuove azioni non costituiscono un debito; laddove, una volta acquistato il titolo, l'azionista diventa debitore, sotto pena di decadenza, in virtù delle clausole usuali delle società. Se dunque l'usufruttuario vuol far egli il versamento, la prima quistione è di sapere se ne abbia il diritto. Egli non è azionista, ma ha tutti gli utili inerenti all'azione. Uno di questi vantaggi è di profittare del beneficio delle nuove azioni che venissero emesse. Egli ha dunque diritto di fare i versamenti dei nuovi fondi richiesti dalla società. Se li fa, a chi apparterranno le nuove azioni, quando la richiesta di fondi avviene sotto questa forma? Se il diritto di profittare della nuova emissione è riservato agli azionisti, l'usufruttuario non avrà diritto che al godimento delle nuove azioni; ma esse apparterranno al nudo proprietario. L'usufruttuario avrà un regresso; ma quale? Le azioni possono aumentare o ribassare di prezzo: può egli reclamare alla fine dell'usufrutto la somma che ha sborsato, od invece il valore reale dell'azione? La soluzione sta tutta nel vedere se l'usufruttuario sia mandatario o gestore di negozi del nudo proprietario. Secondo ciò che abbiamo detto, non vi è nè mandato nè gestione di negozi; l'usufruttuario può solamente reclamare un'indennità sino alla concorrenza di quanto si è arricchito il nudo proprietario. Poco importa dunque il valore nominale dell'azione: bisogna vedere quale sia, al momento in cui l'usufrutto si estingue, il valore reale; è di questo che il nudo proprietario si arricchisce e questo perciò deve resti-

tuire. L'usufruttuario perderà o guadagnerà secondo che le azioni saranno in rialzo o in ribasso. È una conseguenza rigorosa del principio che non può farsi questione nè di mandato nè di gestione d'affari.

Sezione VI. — Come finisce l'usufrutto.

§ I. — *Cause di estinzione.*

N. 1. — Morte dell'usufruttuario.

50. « L'usufrutto si estingue colla morte naturale o civile dell'usufruttuario » (articolo 617). Perchè l'usufrutto vien meno alla morte dell'usufruttuario? Si dà per ragione che tale sia l'intenzione delle parti interessate; ordinariamente ciò è vero, poichè il più delle volte l'usufrutto si costituisce per testamento o per contratto di matrimonio; ora, nell'intenzione del testatore o del donante, il godimento è costituito unicamente nell'interesse dell'usufruttuario; è dunque un diritto inerente alla sua persona e che deve estinguersi con lui (1). Ma l'usufrutto può essere altresì costituito a titolo oneroso; e non si può dire che il venditore costituisca l'usufrutto per affezione verso il compratore, allo scopo di dargli una certa agiatezza od anche qualche volta la ricchezza, come si può dire dei coniugi che si accordano reciprocamente l'usufrutto di tutti i loro beni. Un altro motivo ancora ha indotto il legislatore a limitare l'usufrutto alla vita dell'usufruttuario, ed è che la proprietà diverrebbe un diritto inutile dove se ne potesse staccare per sempre il diritto di godimento (2).

Ma non vi ha ragione che giustifichi la disposizione del codice che assimila la morte civile alla morte naturale. È questa una norma tramandata dall'antico diritto. Il legislatore fa bene a rispettare la tradizione, ma ha torto di seguirla troppo servilmente. Non occorre che insistiamo su questa critica, essendo essa divenuta senza obbietto dopo che la morte civile è abolita nel Belgio ed in Francia.

Quando vi è contestazione sul punto di sapere se l'usufruttuario è realmente defunto, a chi incombe l'onere della prova? Il principio è che spetta all'attore provare il fondamento della sua domanda; donde segue, a termini dell'art. 1315, che colui il quale si pretende liberato deve giustificare il fatto che ha

---

(1) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 147, n. 220.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. I, p. 147.

prodotto l'estinzione della sua obbligazione. Applicando questi principii, bisogna decidere che spetta al nudo proprietario il quale sostiene che il suo fondo è divenuto libero per la morte dell'usufruttuario, di provare il suo asserto. Vi è un altro diritto vitalizio per cui la legge stabilisce un principio contrario: essa impone al proprietario di una rendita vitalizia l'obbligo di giustificare la sua esistenza per ottenere il pagamento delle annualità, di guisa che il debitore nulla deve provare (art. 1983). Ciò avviene perchè le annualità sono considerate come altrettanti crediti condizionali cui il creditore della rendita non ha diritto che in quanto sia vivo al momento in cui esse scadono; mentre che l'usufruttuario ha un diritto nella cosa, al medesimo titolo che il proprietario; costui è gravato d'una servitù, spetta dunque a lui di provare che l'usufrutto si è estinto per una delle cause che lo fanno cessare di conformità alla legge (1).

51. L'usufrutto può essere costituito a vantaggio di più persone che debbono goderne l'una dopo la morte dell'altra. In questo caso, esistono altrettanti usufrutti quante sono le persone chiamate a godere. La prima è chiamata puramente e semplicemente, le altre condizionatamente, nel senso che debbono trovarsi in vita al momento in cui il diritto apresi in loro favore (2). La disposizione può essere altresì congiuntiva: nasce allora la quistione di sapere se vi è luogo al diritto d'accrescere tra i collegatari dell'usufrutto: noi la discuteremo al titolo delle *Donazioni e Testamenti*.

La durata dell'usufrutto successivo non è un'eccezione alla regola stabilita dall'art. 617, poichè l'usufrutto è sempre limitato alla vita della persona ch'è chiamata a godere dopo tutte le altre, e il disponente avrebbe potuto chiamarla direttamente al godimento della cosa. Si può derogare alla regola, nel senso che l'usufrutto possa durare al di là della morte dell'usufruttuario? Noi abbiamo già risoluta la questione in senso negativo (3). Si obbietta che l'usufrutto non è vitalizio che in virtù della volontà presunta delle parti interessate, ma che questa presunzione deve cedere dinanzi alla prova d'una volontà contraria (4); se ne conclude che l'usufrutto può durare novantanove anni come l'enfiteusi. Noi abbiamo già risposto all'obbiezione esponendo i motivi del principio stabilito dall'art. 617. Non intendiamo sostenere, come si fa da taluno (5), che l'usufrutto sia d'ordine pubblico; ma vi è almeno un motivo d'interesse generale che giustifica la durata dell'usufrutto alla vita dei chiamati; la società è interessata a che la proprietà non divenga

(1) DURANTON, t. IV, p. 626, n. 648.
(2) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 354.
(3) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 353.
(4) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 184, n. 223.
(5) MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 732.

inutile fra le mani del proprietario, come il godimento dell'usufruttuario è limitato dai diritti del proprietario. Ciò basta perchè non possa derogarsi all'art. 617. Senza dubbio il legislatore avrebbe potuto determinare al godimento una durata indipendente dalla morte dell'usufruttuario, e che, ristretta in certi confini, non avrebbe resa inutile la proprietà. Ma egli non l'ha fatto, e non si può, in questa materia, applicare per analogia i principii che regolano l'enfiteusi, poichè grande è la differenza tra l'enfiteusi e l'usufrutto, come diremo in appresso.

52. L'usufrutto si estingue colla morte, ancorchè fosse stato costituito a titolo oneroso. Esso può dunque venir meno nel giorno medesimo in cui ha avuto luogo. La legge ha preveduto questo caso quando si tratta di una rendita vitalizia: l'art. 1975 dichiara senza effetto il contratto col quale venga costituita una rendita vitalizia sulla vita di una persona colpita dalla infermità per la quale è morta entro i venti giorni dal contratto. Non si può estendere questa disposizione all'usufrutto, essendo essa eccezionale. Noi diremo, al titolo del *Mutuo*, su quali ragioni tale norma è basata: esse non trovano applicazione nel caso dell'usufrutto.

53. L'usufrutto può essere stabilito in favore di una persona morale. Si domanda se la prima causa di estinzione, la morte, si applichi a queste persone fittizie. Esse possono morire fittiziamente così come nascono fittiziamente. La legge che le crea può anche abolirle, ed in questo caso, naturalmente, l'usufrutto ch'è stato loro accordato verrà a cessare, non potendo avere alcun diritto ciò che non esiste. Fuori del caso dell'abolizione legale, le persone civili non muoiono. Il legislatore ha dovuto dunque fissare un termine alla durata dell'usufrutto stabilito in loro favore, al fine di impedire che il godimento sia per sempre separato dalla proprietà. In diritto romano, vi erano due opinioni diverse: secondo gli uni l'usufrutto durava cento anni, il più lungo termine della vita umana: secondo gli altri, doveva cessare dopo trent'anni, durata media della vita dell'uomo. Le corporazioni non erano viste con favore nella Francia che usciva allora da una rivoluzione diretta in gran parte contro la più potente delle corporazioni, la Chiesa. Si legge nella relazione al Tribunato ch'era « un ridicolo pretesto » quello di paragonare, sotto il rapporto della durata della vita, una corporazione ad un essere reale. Il legislatore preferì l'opinione che tende a lasciare il meno che sia possibile il godimento separato dalla proprietà. Sono espressioni del tribuno Gary (1).

---

(1) PERREAU, Relazione al Tribunato, n. 19 (LOCRÉ, t. IV, p. 134). Discorso di GARY, n. 26 (LOCRÉ, t. IV, p 141). Confronta DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 147, n. 221; DURANTON, t. IV, p. 641, n 664: DEMOLOMBE, t. X, p. 216 n. 243.

Essendo volontà ben formale del legislatore di ridurre la durata dell'usufrutto concesso alle persone civili, vi è una ragione di più per applicar loro ciò che abbiamo detto sulla questione di sapere se l'usufrutto possa durare oltre la vita umana. La negativa è insegnata quasi generalmente (1). È inutile insistere sul dissenso di taluni autori, essendo, in questa materia, i principii di una evidenza incotestabile. Notiamo solamente che non bisogna confondere coll'usufrutto il legato annuale d'una somma di danaro o di una certa quantità di derrate che venisse fatto ad un istituto di beneficenza o ad ospedali. Un simile legato può essere fatto in perpetuo, nel modo stesso che possono essere perpetue le rendite. Questo peso nulla ha di comune coll'usufrutto; esso diminuisce il godimento di colui al quale è imposto, non l'annienta; quindi non vi è alcun motivo per limitarne la durata (2).

N. 2. — Decorrenza del termine.

54. L'usufrutto si estingue, dice l'art. 617, collo spirare del termine per cui fu costituito. Come si calcola il termine? Vi è una lieve difficoltà pel caso in cui l'usufrutto è legato. Il legatario, nell'opinione da noi professata, non ha diritto ai frutti che dal momento in cui gli è stata fatta la tradizione della cosa legata; è forse a partire da questo momento che decorrerà il termine per cui l'usufrutto è costituito? No, il diritto del legatario dell'usufrutto, siccome quello di qualunque legatario, incomincia alla morte del testatore; a partire da questo istante, egli è usufruttuario, e se non lo è che per dieci anni, questi incominceranno a decorrere immediatamente. Infatti, il termine è inerente al diritto di godere e non al godimento di fatto, salva, beninteso, l'espressione di una volontà contraria, essendo libero il testatore di modificare il legato come meglio vuole (3).

55. Il codice ha previsto un caso di applicazione che poteva dar luogo a qualche dubbio. A termini dell'art. 620 « l'usufrutto concesso sino a che una terza persona sia giunta ad una determinata età, dura fino a tal'epoca, ancorchè la detta persona sia morta prima dell'età fissata ». Io lego l'usufrutto dei miei beni a Pietro sino a che i suoi figli abbiano raggiunta l'età maggiore: i figli muoiono prima di essere maggiorenni. Che avverrà dell'usufrutto? È questione d'interpretazione di volontà; bisogna vedere ciò che il testatore ha voluto. Il legato può

---

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 468, nota 4 e gli autori che citano.
(2) Proudhon, t. I, p. 408, n. 331.
(3) Proudhon, t. IV, p. 423, nn. 2033-2037.

essere interpretato in due modi diversi. Gli autori del codice han consacrata l'interpretazione ammessa da Giustiniano; noi dubitiamo assai che questa sia la migliore. Nell'esempio che abbiamo dato, e che si porge abitualmente, è più che probabile che il testatore abbia legato l'usufrutto al padre per metterlo in grado di educare i suoi figli sino a che abbiano raggiunta l'età maggiore; dunque l'usufrutto è accordato in considerazione dei figli, e per conseguenza deve estinguersi alla loro morte, al pari che una rendita vitalizia, costituita in favore di un terzo, si estingue alla morte di costui (art. 1971). È ben questo il senso naturale del legato. Nel sistema del codice, si dice che l'età dei figli è un termine, e che per conseguenza l'usufrutto deve durare fino a che il termine sia spirato (1). Se tale è la volontà del testatore, bisogna confessare che ha prescelta una strana maniera per esprimerla. Che! Io voglio legare l'usufrutto per dieci anni, ed in luogo di dire semplicemente: io lego l'usufrutto per dieci anni a Pietro, dico: io lego l'usufrutto a Pietro sino a che Paolo sia pervenuto alla sua età maggiore! Noi non sappiamo se i Romani disponevano così; è certo che una simile idea non verrebbe in mente ad un testatore che desidera esprimere chiaramente ciò che vuole. S'intende da sè che l'art. 620 non è che un'interpretazione del legato, e che il testatore può manifestare una volontà contraria a quella che il legislatore gli suppone (2).

56. L'usufruttuario muore prima che il termine sia spirato. Forsechè l'usufrutto continuerà sino che il termine sia decorso? La negativa è ammessa da tutti gli autori, fatta eccezione pel solo Demante. Secondo lui, sarebbe una questione d'intenzione, ma è ciò che si contesta, nell'opinione generale. Si tratta anzitutto di conoscere se il disponente abbia diritto di avere l'intenzione che gli si suppone. Ora, noi abbiamo visto che l'usufrutto è un diritto essenzialmente vitalizio; esso non può oltrepassare la vita dell'usufruttuario, ancorchè il costituente lo volesse. Adunque, quando costui fissa un termine all'usufrutto, non può certo aver in pensiero di prolungare la durata del godimento oltre la vita dell'usufruttuario; ma solo di abbreviare la durata ordinaria dell'usufrutto. E ancorchè egli manifestasse espressamente la volontà contraria, l'usufrutto s'estinguerebbe ciò nondimeno per la morte dell'usufruttuario perchè egli non può mai oltrepassar questo termine (3).

---

(1) PROUDHON, t. I, p. 532, n. 420. L. 12, C., *De usufr.* (III, 33).
(2) DEMANTE, t. II, p. 553, n. 469 *bis*. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 148, n. 224.
(3) Vedi le autorità in DEMOLOMBE, t. X, p. 625, n. 680 e in AUBRY e RAU, t. II, p. 625, in 680. In senso contrario, DEMANTE, t. II, p. 544. n. 460 *bis* III.

N. 3. — **La consolidazione.**

57. L'art. 617 definisce la consolidazione: « la riunione nella stessa persona delle due qualità di usufruttuario e di proprietario ». Quando la proprietà ed il godimento di una cosa si concentrano in una sola persona, non può farsi più questione d'usufrutto; infatti, l'usufrutto è il diritto di godere di una cosa della quale un altro ha la proprietà; quando colui che gode è altresì proprietario, non vi è più smembramento della proprietà, dunque non più usufrutto distinto dalla proprietà. Gli è ciò che esprimesi, nel linguaggio della scuola, con questo adagio: *Res sua nemini servit.* Il proprietario gode in virtù del suo diritto di dominio e non a titolo di servitù. Ciò è affatto elementare. Tuttavia la definizione della consolidazione data dal codice civile è stata vivamente criticata da Marcadè (1). Dobbiamo dire alcunchè di questa disputa non foss'altro che per mettere in guardia i nostri giovani lettori contro l'estrema leggerezza che questo autore mette nei suoi apprezzamenti.

È certo che nel linguaggio romano, al pari che nell'antico diritto, intendevasi per *consolidazione* la confusione della proprietà col godimento che operavasi quando l'usufruttuario diveniva proprietario della cosa soggetta al suo diritto. È questo il senso letterale della parola: l'usufruttuario acquista la nuda proprietà per compera, donazione o successione; in questo caso, il suo godimento si *consolida;* poichè da temporaneo ch'era, a titolo di servitù, diviene perpetuo, a titolo di proprietà. Ma è altresì ben certo che il codice dà un senso più largo alla parola *consolidazione*, applicandola al caso in cui il nudo proprietario acquista l'usufrutto. Che il termine di *consolidazione* non convenga a questo modo di confusione, è ancor vero, ma ciò poco importa se nel fondo l'idea è giusta. Marcadè pretende che gli autori del codice Napoleone si siano ingannati; egli vuole che si cancelli dall'art. 617 la definizione della consolidazione: nulla è più illogico, egli dice, più mal compreso, più falso. Se vi è consolidazione quando il nudo proprietario acquista il godimento, o quando il godimento si riunisce alla nuda proprietà, bisogna dire che la morte fa sorgere la consolidazione, egualmente che la decorrenza del termine per cui l'usufrutto è stato costituito, al pari del non-uso e dell'usucapione, poichè tutti i modi di estinzione dell'usufrutto, ad eccezione della perdita della cosa, hanno per effetto di riunire il godimento alla nuda proprietà; vi sarà consolidazione in tutti questi casi, e per conse-

---

(1) MARCADÈ, t. II, p. 511, art. 617, n. V. Confronta DEMOLOMBE, t. X, p. 629, n 683.

guenza la consolidazione assorbirà tutti i modi d'estinzione dell'usufrutto. A questa critica si risponde che bisogna supporre che il legislatore abbia un po' di buon senso; e che se egli distingue diversi casi in cui l'usufrutto finisce, non ha potuto confonderli tutti in un solo, la consolidazione. Dunque, quando egli ammette la consolidazione, occorre che abbia avuto presenti dei casi che non sono compresi nelle cause generali di estinzione dell'usufrutto. Ve n'è uno ch'è evidente. I creditori dell'usufruttuario sequestrano l'usufrutto, esso è venduto, ed il nudo proprietario rendesi aggiudicatario: ecco una confusione del godimento e della proprietà che non rientra in nessuno dei casi d'estinzione preveduti dal codice civile. Ebbene, se è così della vendita forzata, perchè non sarebbe lo stesso della cessione volontaria del godimento fatta dall'usufruttuario al nudo proprietario? Ei gli vende il suo usufrutto, gliene fa donazione. Secondo la definizione dell'art. 617, vi è consolidazione. No, si dice, è una rinuncia (1). Rispondiamo che non si è detto mai del venditore che esso rinunzii alla proprietà della cosa che vende, allorchè al contrario fa atto di proprietà e riscuote il prezzo della cosa; e non devesi confondere neppure, come diremo in appresso, la rinuncia con la donazione. Qui la teoria di Marcadé, se si applichi logicamente, mena ad errori giuridici (2). Siamo dunque più sobri di accuse, e non imputiamo troppo leggermente al legislatore dei non-sensi o delle sciocchezze.

58. Lasciamo da parte la critica ed insistiamo sul carattere che distingue la consolidazione dagli altri modi con cui finisce l'usufrutto. I giureconsulti romani la chiamavano cónfusione (3). Questa espressione è caratteristica. Noi diremo al titolo delle *Obbligazioni*, che la confusione non estingue definitivamente le obbligazioni; essa mette solamente il creditore nell'impossibilità d'esercitare il suo diritto, poichè dovrebbe agire contro sè medesimo. La confusione dunque non ha effetto che in forza dell'impossibilità d'agire e nei limiti di questa impossibilità. Non altrimente accade della consolidazione. La morte dell'usufruttuario estingue l'usufrutto in modo assoluto egualmente che la scadenza del tempo per cui è stato costituito, o la perdita totale della cosa, ovvero il non uso e la rinuncia. Mentrechè, in caso di consolidazione, vi è solamente impossibilità d'esercitare l'usufrutto, il nudo proprietario essendo nel contempo usufruttuario e nessuno potendo avere servitù sulla cosa sua propria. L'usufruttuario diviene erede del proprietario; non vi è ragione giuridica perchè perda il suo usufrutto, ma egli è nell'impossibilità di esercitarlo. Parimenti se il nudo proprietario compra l'usufrutto,

(1) MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 734.
(2) AUBRY e RAU, t. II, p. 514, nota 26.
(3) L. 4. D., *usufr. quemadmod. caveat.* (VII, 9).

come compratore dovrebbe avere il diritto di esercitarlo, ma come proprietario non lo può. Vi ha in ciò piuttosto un ostacolo all'esercizio del diritto che un estinzione del diritto. Dal che scaturiscono importanti conseguenze (1).

Se la confusione non è che parziale, se l'usufruttuario non succede al nudo proprietario che per una terza parte, l'usufrutto non si estinguerà che per un terzo. Se l'usufrutto fosse gravato d'ipoteche, i creditori ipotecarii conserverebbero il loro diritto, poichè l'usufrutto non è estinto che a causa dell'impossibilità in cui l'usufruttuario si trova di esercitarlo. Questa impossibilità è estranea ai creditori, dunque non ha effetto riguardo ad essi, e per conseguenza il loro diritto sussiste. Quando la confusione cessa, ne cessano anche gli effetti, vale a dire che l'usufruttuario eserciterà il suo diritto senza che si possa neppur dire che esso rivive; l'usufruttuario riprende l'esercizio del suo diritto quando scompare l'ostacolo che gli impediva d'esercitarlo. La cosa è evidentissima quando la confusione cessa per una causa che retroagisca; così quando la proprietà acquisita dall'usufruttuario è risoluta, annullata come se egli non fosse stato mai proprietario, non vi è stata mai confusione, perciò l'usufrutto non è stato mai estinto. Supponendo anche che la causa la quale fa cessare il diritto di proprietà dell'usufruttuario non retroagisca, l'usufruttuario non riprende meno l'esercizio del suo diritto. L'art. 2177 decide così in caso di espropriazione sull'istanza di un creditore ipotecario. Non vi è retroattività in questo caso, poichè l'aggiudicazione è una vendita. Ma, cessando la confusione, cessa l'impossibilità d'esercitare l'usufrutto, e per conseguenza l'usufruttuario può esercitare il suo diritto come se non fosse mai stato estinto: ed, in realtà, estinzione non vi fu (2).

59. Si domanda se il fideiussore rimane obbligato allorchè la consolidazione cessa. Quando essa vien meno in virtù d'una causa che retroagisce, non v'è dubbio; si presume allora che la confusione non abbia avuto mai luogo: per conseguenza non vi è stata mai estinzione dell'usufrutto e quindi il fideiussore non è stato mai liberato. Ma se la causa che mette fine alla confusione non ha effetto sul passato, vi è qualche dubbio. Si può dire che, secondo l'art. 617, l'usufrutto è estinto per la consolidazione, che in conseguenza il fideiussore è liberato, e la sua obbligazione non può rivivere. Il ragionamento sarebbe giusto se l'estinzione per consolidazione fosse definitiva; ma essa lo è tanto poco, che l'usufrutto sussiste in realtà: sussisterà quindi anche la fideiussione. Non vi è dunque bisogno

---

(1) Demolombe, t. X, p. 634, nn. 684-686. Aubry e Rau, t. II, p. 515 e note 27. e 29. Proudhon, t. IV, p. 458, nn. 2071-2074.

(2) Questa è la dottrina di Pothier, *Du Douaire*, n. 254. Confr. Duranton, t. IV, p. 642, nn. 667 e 670. Demolombe, t. X, p. 634, n. 685.

che la legge la faccia rivivere, perchè essa non è stata estinta mai. Proudhon insegna che in tutti i casi, dal momento che vi è consolidazione, la fideiussione cessa d'esistere, ed è principio che un diritto estinto non può rivivere che in virtù d'una disposizione formale della legge (1). Quest'adagio non è applicabile che nei casi in cui una obbligazione è estinta in via definitiva; ma si può dire che la fideiussione è estinta quando vi è consolidazione? L'usufrutto non è estinto e perciò la fideiussione sussiste; l'impossibilità in cui si trova l'usufruttuario non riguarda il fideiussore: la sua obbligazione dunque è ancora in vigore. Non si può parlare di riviviscenza: bisogna dire che la fideiussione non è stata estinta mai.

N. 4. — Il non uso.

60. « L'usufrutto si estingue col non usarne per lo spazio di trent'anni » (art. 617). Qual'è il fondamento giuridico di questo modo di estinzione? Il non uso durante trent'anni altra cosa non è che la prescrizione estintiva dell'art. 2262, a termini del quale tutte le azioni, tanto reali che personali, si prescrivono in trent'anni. La legge applica questa prescrizione ai diritti reali che sono frazionamenti della proprietà, nel senso che se questi diritti non sono esercitati durante il termine di trent'anni, essi si estinguono. Perciò l'art. 706 dice che la servitù è estinta col non usarne per trent'anni. Non accade lo stesso della proprietà. Per vero, l'azione reale che nasce dalla proprietà, la rivendicazione, dev'essere promossa entro i trent'anni, come ogni altra azione; ma l'estinzione del diritto pel non uso è una cosa ben diversa dalla prescrizione dell'azione reale o personale che la legge accorda per la conservazione del diritto. La rivendicazione suppone che il fondo rivendicato sia posseduto da un terzo; questo terzo possessore acquista la proprietà col decorso di trent'anni, se il proprietario non rivendica la cosa contro di lui. Ma se il fondo non è posseduto da un terzo, il proprietario non perde il suo diritto di proprietà sol perchè non l'esercita durante trent'anni; egli può rimanere cinquanta e cento anni senza fare un sol atto di possesso, e nondimeno conserva il suo diritto. Al contrario colui che possiede un diritto reale lo perde per non averlo esercitato durante trent'anni. Si domanda qual sia la ragione di questa differenza.

Gli autori non sono concordi nelle loro risposte. Proudhon dice che, quando si tratta di un usufrutto, il proprietario ha pure il possesso del fondo, e che, possedendolo per trent'anni,

(1) Proudhon, t. IV, p. 469, nn. 2083 e 2088.

libero di servitù, ha acquistato colla prescrizione l'affrancamento della sua proprietà (1). La ragione non è concludente. È vero che il proprietario possiede, ma anche l'usufruttuario ha il possesso, nel senso che noi supponiamo aver egli cominciato col possedere: perchè sarà necessario che egli continui a fare atti di possesso per conservare il suo diritto, laddove il proprietario conserva il suo senza essere obbligato a fare alcunchè? Demolombe applica per analogia ai diritti reali ciò che il codice dice dei diritti d'obbligazione. Quando il creditore non agisce contro il suo debitore durante trent'anni, costui è liberato; ora la cosa gravata di servitù è realmente debitrice dell'onere che pesa su di essa; quando dunque l'usufruttuario, creditore di questo diritto, non agisce contro il fondo debitore, questo è liberato dopo trent'anni (2). Una simile spiegazione, che è pure accolta da Marcadé, è ben lontana dall'essere soddisfacente. Essa confonde i diritti reali con i diritti di credito. In materia di diritti reali non può farsi questione di debitore nè di creditore, non vi è rapporto che tra il padrone e la cosa, il padrone esercita direttamente il suo diritto sul fondo che gli appartiene, sia a titolo d'usufrutto, sia a titolo di servitù, egli non esercita il suo diritto per via d'azione, perchè non si può agire contro una cosa. Non è dunque che un giuoco di parole quello di trasportare ai diritti reali espressioni ed idee che non hanno senso ove non vi è vincolo d'obbligazione. Ducaurroy ed i suoi valenti collaboratori dicono che i diritti reali, semplici smembramenti della proprietà, non essendo agli occhi del legislatore che derogazioni al diritto comune, non si conservano che mediante l'esercizio del diritto (3). Ciò non è ancor troppo chiaro: perchè non applicare il medesimo principio a tutti i diritti reali? Anche la proprietà è un diritto reale; perchè questo diritto reale è regolato da un principio diverso che la servitù e l'usufrutto? Noi non dimandiamo già per qual ragione la proprietà non si estingua col non uso; ciò è assai giuridico. Ma se questo è vero per un diritto reale, perchè non è vero per tutti? Si dice che sono deroghe al diritto comune, vale a dire eccezioni. Sia pure. Ma noi domandiamo perchè mai questi diritti eccezionali non sono regolati dal medesimo principio che governa il diritto comune. Gli è perchè la legge favorisce il ritorno al diritto comune. In altri termini, quanto la proprietà merita favore, altrettanto son visti con disfavore i pesi ed i diritti che la colpiscono: ecco perchè la legge ne agevola l'estinzione. Essa ammette tutti questi oneri per ragione di utilità, ma non essendo essi utili se non a condizione che siano esercitati, se non si esercitano, non hanno più ragione di esistere; per conseguenza la legge li dichiara estinti. Ciò è

(1) PROUDHON, t. IV, p. 492, n. 2106.
(2) DEMOLOMBE, t. X, p. 638, n. 688. MARCADÉ, t. II, p. 514, art. 617, n. VII.
(3) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 150, n. 226.

vero sopratutto per l'usufrutto, il più considerevole di questi smembramenti della proprietà, ma altresì il più oneroso (1).

Chiediamo venia al lettore di aver tanto insistito sul motivo di un principio elementarissimo, ma lo abbiamo fatto perchè importa che le nozioni di diritto, e precisamente quelle che sono elementari, siano di una chiarezza evidente; ed è sopratutto necessario di non rispondere con parole quando si chiedono ragioni.

61. L'usufrutto dunque si estingue sol perchè l'usufruttuario non esercita il suo diritto di godimento per lo spazio di trent'anni. Non è mestieri che durante questo termine un terzo abbia usurpato il godimento che l'usufruttuario ha trascurato di esercitare; basta la semplice inazione perchè l'usufrutto sia estinto. L'usufrutto può estinguersi altresì, come diremo in appresso, colla prescrizione acquisitiva, ma in questo caso le condizioni sono affatto diverse; basta talvolta il possesso di un istante perchè la prescrizione acquisitiva sia compiuta. Tal'è, secondo la comune opinione, la prescrizione che si compie riguardo al possesso dei mobili: l'usufruttuario perde il suo diritto sui mobili dal momento che un terzo li possiede, poichè, in fatto di mobili, il possesso val titolo (art. 2279). Ma se i mobili non sono posseduti da un terzo, l'usufrutto mobiliare è regolato dal medesimo principio che l'usufrutto immobiliare; per estinguerlo bisognerà non usarne per trent'anni. Il non uso è dunque una prescrizione estintiva; donde segue che bisogna applicare al non uso i principii che regolano la sospensione della prescrizione. Essa non decorre contro i minori e gl'interdetti. Vi è un'altra causa di sospensione particolare alla donna maritata: i suoi immobili dotali sono imprescrittibili. Tale sarebbe pure l'usufrutto del fondo dotale; la donna maritata non può perdere l'usufrutto più che non possa perdere la proprietà del fondo costituito in dote (2).

62. La condizione essenziale perchè vi sia il non uso, è che l'usufruttuario non abbia usato del suo diritto, vale a dire non l'abbia esercitato. Esercitare il diritto di usufrutto, è godere, poichè l'usufrutto in altro non consiste che nel godimento. L'usufruttuario può godere da sè stesso o cedere il proprio diritto. Non è necessario che egli goda in persona: può farlo altresì locando l'usufrutto. S'intende da sè che egli gode se fa amministrare i suoi beni da un mandatario; e siccome la gestion di negozii equivale al mandato, l'usufruttuario godrà se, in assenza di lui, un amico possiede per lui ed in suo nome. Quando l'usufruttuario perde il suo diritto o ne fa donazione, egli ne gode, poichè a termini dell'art. 595, l'usufruttuario può

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. I, p. 735.
(2) Demolombe, t. X, p. 646, n. 699. Proudhon, t. IV, p. 493, n. 2017. Duranton, t. IV, p. 646, nn. 671 e 672.

godere da sè medesimo, dare in locazione, ed anche vendere il suo diritto, o cederlo a titolo gratuito. Sono tutti questi atti di godimento, e per conseguenza conservano il diritto dell'usufruttuario (1).

Quando l'usufruttuario vende il suo diritto, occorre, perchè vi sia uso, che il compratore l'eserciti, o è sufficiente che l'usufruttuario goda del prezzo? La medesima questione si presenta quando l'usufruttuario dà la cosa in locazione. In diritto romano si riteneva conservato l'usufrutto per ciò solo che l'usufruttuario godeva del prezzo del fitto, ancorchè il compratore o l'affittuario non esercitassero dal canto loro diritto alcuno. Pothier insegna la medesima dottrina e Proudhon l'ha riprodotta sotto l'impero del codice civile; la maggior parte degli autori invece la respingono. Noi ci schieriamo con l'opinione di Pothier e coi giureconsulti romani. L'art. 595, ci sembra, decide la questione: esso ammette che l'usufruttuario può godere in due modi: o da sè stesso, ovvero locando o donando ad altri il suo diritto. Dare in locazione è dunque godere non diversamente da quando si gode da sè medesimi; che importa dopo ciò quello che l'affittuario faccia o non faccia? I fitti che egli paga sono per l'usufruttuario un frutto civile che egli percepisce, dunque gode. Ugual ragione di decidere vi ha in caso di vendita (2).

63. L'usufruttuario deve godere per conservare il suo diritto. Occorre ch'egli percepisca tutti i frutti? No, certo; il codice medesimo suppone ch'egli può non conseguire i frutti che aveva diritto di percepire; ove ciò accada non ne deriva che una conseguenza e cioè che per questo titolo non avrà diritto ad alcuna indennità (art. 590). Ma percependo i frutti, egli ha usato del suo diritto; dunque non vi è non uso. Sarebbe lo stesso se l'usufruttuario non godesse che una parte dei beni gravati di usufrutto; occorre il non uso completo, assoluto, perchè vi sia estinzione del diritto. Tuttavia se l'usufrutto cadesse su più fondi distinti, e l'usufruttuario non godesse che di uno solo di questi, avrebbe luogo un'estinzione parziale, poichè in questo caso si hanno altrettanti diritti distinti quanti sono i fondi (3).

Pothier solleva una quistione ben singolare. L'usufruttuario si serve della cosa di cui ha il godimento per usi ai quali non è destinata; egli perderà il suo usufrutto come se non se ne fosse servito affatto. In verità, dice Pothier, il diritto d'usufrutto ch'egli ha sulla cosa, consistendo nel diritto di servirsene per gli usi cui la medesima è destinata, bisogna dire ch'egli non

---

(1) PROUDHON, t. IV, p. 494, n. 2109. GENTY, *De l'usufruit*, p. 223, nn. 276 e 277.

(2) LL. 38 e 39, D. *de usufr.*, (VIII, 1). POTHIER, *Du douaire*, n. 251. PROUDHON, t. IV, p. 494, n. 2110. In senso contrario, BUGNET su POTHIER, t. VI, p. 423, nota 3. DEMOLOMBE, t. X, p. 641, n. 695. MARCADÉ, t. II, p. 513, art. 617, n. VII. GARY, p. 224, n. 278. AUBRY e RAU, t. II, p. 510, n. 11.

(3) AUBRY e RAU, t. II, p. 511, note 12 e 15, e gli autori citativi.

usa del suo diritto d'usufrutto quando se ne serve per scopi differenti, e pertanto il suo diritto si estinguerà pel non uso (1). Noi ci meravigliamo che Pothier, il quale non ama le sottigliezze romane, abbia accolta quest'opinione sulla fede di testi in cui d'altronde essa non è neppur scritta in termini formali. Può affermarsi di colui che gode, che non goda? Se egli non gode in quel preciso modo che era obbligato ad osservare, vi sarà godimento abusivo, non già il non uso; ora, altra cosa è l'abuso, altra cosa la mancanza di godimento. L'usufruttuario che abusa conferma il suo diritto e vuole conservarlo, mentre colui il quale non usa sembra riconoscere che non ha diritto, o vi rinuncia.

64. Perchè l'usufrutto si estingua, occorre che il non uso sia durato per trent'anni. Questo termine comincia a decorrere a partire dall'ultimo atto di possesso compiuto dall'usufruttuario. L'applicazione del principio all'usufrutto dei boschi dà luogo ad una difficoltà. Un taglio di bosco ceduo vien fatto ogni venticinque anni; l'usufruttuario attende trent'anni per farlo; si sarà compiuta la prescrizione? La ragione di dubitare è che su questi trent'anni ve ne sono venticinque durante i quali l'usufruttuario non poteva fare dei tagli; si sarebbe tentati di concludere da ciò che il non uso ha realmente durato solo cinque anni. A ciò Proudhon risponde, e la risposta è perentoria, che in un bosco si possono fare altri atti di possesso oltre i tagli; l'usufruttuario poteva, doveva anche tenervi un custode, poteva raccogliervi i prodotti annuali che gli alberi forniscono (art. 593). Se egli non ha compiuto neppur uno di questi atti di possesso, vi è realmente non uso (2).

N. 5. — Perimento della cosa.

65. « L'usufrutto si estingue col totale perimento della cosa sulla quale fu costituito ». Quando può aversi la perdita totale della cosa? La questione è controversa; il disaccordo risale a Pothier e Domat; bisogna udire l'uno e l'altro per decidere qual sia la dottrina consacrata dal codice civile. Quando il perimento è totale, nel senso materiale della parola, non vi è alcun dubbio; se un prato vicino ad un corso d'acqua viene travolto da questo, è evidente che l'usufrutto è estinto, poichè non vi può essere diritto reale senza una cosa sulla quale si eserciti. Ma che si deve risolvere quando la cosa gravata di usufrutto ha mutato di forma? I giureconsulti romani decidevano che

---

(1) POTHIER, *Du Douaire*, n. 249. In senso contrario, DEMOLOMBE, t. X, p. 644 n. 696.

(2) PROUDHON, t. IV, p. 506, n. 2121.

siccome in materia d'usufrutto, la forma costituisce la sostanza della cosa, vi era perimento della cosa quando la forma era distrutta. Una casa gravata d'usufrutto è incendiata; l'usufrutto è estinto, quantunque rimangano il suolo ed i materiali, perchè l'usufruttuario aveva il godimento d'una casa, e non quello del nudo suolo e dei materiali da costruzione; essendo perita la cosa, l'usufrutto è finito. Pothier critica la massima accolta dai giureconsulti romani. Nel nostro diritto francese, egli dice, simili sottigliezze non possono trovare accoglimento. Quando la cosa gravata d'usufrutto ha mutata forma ed è stata convertita in un'altra, l'usufrutto non è estinto, ma sussiste sulla cosa nella sua nuova forma. Egli applica questo principio alla casa che fosse distrutta dal fulmine; l'usufruttuario godrà dell'area e potrà darla in locazione (1). Domat, al contrario, decide che l'usufrutto d'una casa ch'è distrutta da un incendio s'estingue così, che l'usufruttuario non ha più usufrutto sull'area che rimane (2). Il codice ha seguìta la dottrina di Pothier o quella di Domat?

Sulla questione speciale dell'usufrutto d'una casa, non vi è alcun dubbio; l'art. 624 consacra formalmente l'opinione di Domat: « Se, ivi è detto, l'usufrutto non è stabilito che sopra un edificio, e questo venga distrutto da un incendio o da qualsivoglia altro accidente, ovvero rovini per vetustà, l'usufruttuario non ha diritto di godere nè dell'area nè dei materiali ». L'articolo 624 non contiene forse che una massima isolata? od è invece l'applicazione dei principii insegnati dai giureconsulti romani e riprodotti da Domat? La questione è assai controversa. A noi sembra però che essa venga risoluta dal testo e dallo spirito della legge. Non si può separare l'art. 624 dall'art. 617. Quest'ultima disposizione enumera le diverse cause che pongono termine all'usufrutto: è una enunciazione di principii. Dopo di questa vengono due articoli che spiegano talune cause d'estinzione. Così gli articoli 619 e 620 sono relativi ai due primi casi previsti dall'art. 617. Parimenti l'art. 624 spiega l'ultima causa applicandola all'ipotesi più comune. Secondo l'art. 617, il perimento deve essere totale perchè l'usufrutto sia estinto: l'art. 624 ci dice che cosa il legislatore intenda per perdita totale. Quando queste disposizioni vengano poste a raffronto colla tradizione, non può rimanere alcun dubbio Gli autori del codice si trovavano di fronte a due sistemi contrarii professati dai due autori che sono la fonte principale cui hanno attinto i principii della nuova legislazione: Pothier, discordando da Domat, era mestieri di scegliere. L'art. 624 prova appunto che la scelta fu fatta, e che si diè la preferenza all'opinione di Domat (3). Questa inter-

(1) Pothier, *Du douaire*, n. 255.
(2) Domat, *Lois civiles*, lib. I, tit. XI, sez. VI, art. 7.
(3) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 155, nn. 232 e 233. Aubry e Rau, t. II, p. 511 e nota 16.

pretazione è così naturale, che si può dirla evidente. Essa appoggiasi inoltre sui lavori preparatorii; noi la troviamo parola per parola nel discorso di Gary, l'oratore del Tribunato. Dopo aver detto che l'usufrutto si estingue col perimento totale della cosa, egli soggiunge: « Non si può conservare diritto sopra una cosa che più non esiste; d'altronde il progetto di legge spiega per mezzo di esempii, agli articoli 623 e 624, i caratteri ai quali si deve riconoscere che la cosa è totalmente perita » (1). Ciò risponde in un modo perentorio all'argomento letterale che si invoca dai fautori dell'opinione contraria. L'art. 617, dice Marcadé, ha posto fine alle sottigliezze romane, esigendo che il *perimento* sia totale, perchè l'usufrutto sia estinto; chi dice *perimento totale,* dice perimento materiale, assoluto, e non un semplice cangiamento di forma (2). E tale infatti sarebbe il senso dell'art. 617, se fosse isolato, senza tradizione e senza applicazione. Ma isolandolo, si disconoscono le regole più elementari dell'interpretazione delle leggi; non si può separare l'art. 617 dall'art. 624, e non si può neppure separarlo dalla tradizione cui si rannoda.

Diversa è la questione di sapere se gli autori del codice abbiano fatto bene accordando la preferenza a Domat su Pothier Al punto di vista della teoria, la dottrina romana è la vera, essa deriva logicamente dall'essenza medesima dell'usufrutto. Questo è un diritto reale, ma che grandemente si differenzia da quello di proprietà. La proprietà è un diritto assoluto, che attribuisce al proprietario un potere illimitato sulla cosa; se questa viene a perire, fin le ultime bricciole appartengono al proprietario. Non è lo stesso dell'usufrutto; qui, la forma ha specialissima importanza, poichè, in diritto, la forma è la sostanza della cosa, e l'usufruttuario deve conservare la sostanza; vale a dire che il suo diritto è inerente alla forma e che perisce con questa. S'aggiunga che l'usufrutto non è visto con favore, dunque merita appoggio l'estinzione dell'usufrutto costituendo ciò il ritorno alla proprietà che il legislatore favorisce particolarmente come la base dell'ordine civile e sociale (3).

La dottrina del codice è dunque perfettamente giuridica. Ciò non ostante, noi daremmo la preferenza a quella di Pothier, perchè la più equa. Se l'usufrutto fosse una creazione della legge, si comprenderebbe il rigore romano; si potrebbe non tener conto della volontà delle parti interessate. Ma qual'è la forma più frequente dell'usufrutto? È l'usufrutto legato o quello costituito nel contratto di matrimonio. Ebbene, noi ci domandiamo: colui che vuole assicurare al suo coniuge tutto ciò che può dargli in godimento, intende forse di privare il donatario

---

(1) Gary, Discorso n. 24, 5.° (Locré, t. IV, p. 141).
(2) Marcadé, t. II, p. 516, articolo 617, n. IX.
(3) Elvers, *Die römische Servitutenlehre,* § 70, p. 7?8 e seg.

dell'uso del fondo se la casa che gli concede in usufrutto venga a perire? No, certamente. Dunque Pothier ha ragione; poichè è la volontà del costituente che bisogna prendere sopratutto in considerazione. Ciò è tanto vero che se il testatore o il donante avesse chiaramente manifestata la sua intenzione, bisognerebbe pure eseguirla poichè gli è permesso di derogare all'art. 624, come a tutte le disposizioni che non attengono all'ordine pubblico.

66. Abbiamo lungamente insistito sopra una questione ch'è quasi puramente teorica e che in pratica ha pochissima importanza. Nell'applicazione, la dottrina romana, com'è stata interpretata da Domat, non è così assoluta come si potrebbe credere. I giureconsulti romani erano trascinati, quasi loro malgrado dalla logica cui abitualmente obbedivano. Essi decidevano dunque che se uno stagno viene prosciugato, se un terreno coltivabile diviene una palude, l'usufrutto è estinto. Domat non ammette alcuna soluzione assoluta in questa materia (1). « Se avviene qualche mutamento della cosa soggetta ad usufrutto, dice Domat, come se uno stagno è prosciugato, se un terreno coltivabile diviene una palude, se d'un bosco si formano prati o terreni atti a coltivo, in tutti questi casi come in altri somiglianti, l'usufrutto finisce o no a seconda della qualità del titolo dell'usufrutto, dell'intenzione di coloro che lo hanno costituito e delle altre particolari circostanze della specie ». Si vede che tutto si riduce ad una questione di fatto. È quindi inutile fermarsi sulle fattispecie come fanno gli autori, poichè la decisione varia da un caso all'altro. Questa discussione è ancora inutile sotto un altro rapporto, cioè che le applicazioni sono così rare che noi non troviamo una sentenza sulla materia. E ciò si comprende facilmente. Il più delle volte l'usufrutto è universale; tale è sempre l'usufrutto legale, e tale è ordinariamente l'usufrutto legato per testamento o donato per contratto di matrimonio. Ora, dal momento che l'usufrutto è universale, dice Domat, non si ha più riguardo al mutamento di forma; l'usufruttuario, anche in caso di perimento, gode di ciò che rimane; a più forte ragione godrà se soltanto la forma è cambiata.

67. Perchè l'usufrutto sia estinto, occorre che il perimento sia totale. A termini dell'art. 623 « se una sola parte della cosa soggetta all'usufrutto perisce, l'usufrutto si conserva sopra ciò che rimane ». A primo aspetto, sembra che questa disposizione sia in antinomia con quella dell'art. 624: se l'edificio gravato d'usufrutto perisce per un accidente qualunque, l'usufruttuario non ha il diritto di godere, nè dei materiali nè del suolo. Non si potrebbe dire che in questo caso perisce solamente una parte della cosa, poichè rimangono il suolo ed i materiali? No; secondo la dottrina romana, la distruzione della

(1) Confronta Demolombe, t. X, p. 659, nn. 708 e 709. Genty, p. 231-235.

forma implica, la distruzione della sostanza, e per conseguenza l'usufrutto è estinto; ora, l'estinzione dell'usufrutto sulla cosa principale deve portar seco l'estinzione totale dell'usufrutto anche sugli accessorii che rimanessero, sempre per applicazione del principio consacrato dal codice; l'usufrutto che è stato costituito sopra una casa, non può sussistere più sui materiali. Ma se la cosa non è perita che in parte, l'usufrutto non è estinto, e sussisterà quindi sopra ciò che rimane e sugli accessorii di essa. Un lato della casa perisce, una parte del campo è travolta dalle acque; l'usufrutto sussisterà sopra ciò che rimane, poichè ciò che rimane è ancora un campo od una casa; sussistendo la sostanza della cosa, quantunque diminuita per un caso fortuito, non vi è ragione per dichiarare estinto l'usufrutto; e gli accessorii seguono naturalmente la condizione del principale (1).

68. L'art. 624 applica questo principio al caso che l'usufrutto cada sopra un'universalità. Se l'usufrutto è stabilito sopra un dominio del quale faccia parte un edifizio, e questo venga a perire, l'usufrutto sussiste sopra il dominio perchè esso non può perire. L'usufruttuario, dice la legge, godrà in questo caso, del suolo e dei materiali. Perchè? Per la ragione che queste cose sono comprese nell'usufrutto, almeno come accessorii, e l'usufrutto sussistendo sul principale sussiste, per ciò solo, sugli accessorii. Che bisogna intendere per *dominio*, nei sensi dell'art. 624? Bisogna applicare la legge in tutt'i casi in cui l'usufrutto grava su fondo considerato come un'universalità di fatto, di guisa che, nella intenzione del costituente, l'usufrutto cade sui terreni e sull'edificio, la casa e le sue dipendenze non formando che un sol tutto. È questa la decisione delle leggi romane. Esse risolvono la questione così, anche quando le dipendenze, come un giardino, un recinto, un parco, fossero state destinate al comodo ed all'abbellimento della casa. Il codice sanziona implicitamente questa applicazione della dottrina romana; infatti, la decisione rigorosa contenuta nel primo alinea dell'art. 624 è concepita in termini assai restrittivi: « Se l'usufrutto *non è* stabilito *che* sopra un edificio ». Quando dunque è costituito sopra un fondo in cui trovasi un edificio, non siamo più nella specie prevista dal primo alinea; ciò significa che dovrà trovare applicazione il secondo (2).

Noi abbiamo supposta un'universalità di fatto. A miglior ragione è così quando l'usufrutto cade sopra un'universalità di diritto. Il padre e la madre sono usufruttuarii universali. Poco importa che l'una o l'altra cosa compresa nel loro godimento venga a perire: ciò che rimane non è meno gravato dall'usufrutto che la legge lor concede su tutti i beni dei loro figli,

---

(1) Demolombe, t. X, p 651, n. 703 e 703 *bis*.
(2) Proudhon, t. V, p. 341. n. 2546.

poichè un'universalità di diritto non perisce mai. Era questa la dottrina di Domat, ed è implicitamente consacrata dagli articoli 617 e 624, l'uno dei quali dichiara l'usufrutto estinto solamente quando la perdita è *totale,* e l'altro conserva l'usufrutto su tutto il podere dopo il perimento dell'edificio (1).

69. Si dovranno applicare questi stessi principii all'usufrutto che cade sopra una mandria? I giureconsulti romani decidono che l'usufrutto è estinto se il numero degli animali che lo compongono si trova talmente ridotto, che non si possa più considerare ciò che rimane come formante una mandria. Ciò è perfettamente logico; l'usufrutto stabilito sopra una mandria non grava i singoli capi che la compongono, ma ha per obbietto un'universalità; ora si può dire che un individuo formi una mandria? No, senza dubbio. Su questo punto gli autori del codice si sono scostati dalla tradizione romana. L'art. 616, prescrive: « Se il gregge su cui fu stabilito l'usufrutto perisce intieramente per caso fortuito o per malattia e senza colpa dell'usufruttuario, questi non è obbligato che a render conto al proprietario delle pelli o del loro valore. Se il gregge non perisce *intieramente,* l'usufruttuario è tenuto a surrogare i capi degli animali periti, sino alla concorrente quantità dei nati. ». Da questa disposizione di legge risulta che il gregge non si presume perito *intieramente* se non quando non ne rimanga più neppure un capo. Perchè mai il legislatore, in questo punto, ha abbandonata la dottrina romana, mentre la adotta come regola generale? È assai difficile di rispondere. Si osserva da taluno che la decisione del diritto romano è un un po' sottile (2); ciò è vero, ma è tale altresì il principio che il codice ha conservato nell'art. 624. Vi ha dunque una reale incoerenza nella legge: l'art. 619 esige, perchè vi sia perdita totale, che non rimanga assolutamente nulla del gregge, mentre invece nell'art. 624 ha luogo la perdita totale quantunque il fondo rimanga.

Quando l'usufrutto è estinto per la perdita del gregge, che cosa dovrà restituire l'usufruttuario? Le pelli od il loro valore, dice l'art. 616. Gli è tuttociò che rimane del gregge; e l'usufruttuario deve rendere al proprietario la cosa, o ciò che ne rimane quando il perimento sia avvenuto senza sua colpa. S'egli vi avesse colpa, lo si dovrebbe ritener responsabile conformemente ai principii generali.

Quando l'usufrutto è stabilito, non sopra un gregge, ma su individui determinati e per conseguenza a titolo singolare, si estingue con la morte dell'animale; si hanno allora altrettanti diversi usufrutti quanti sono i capi, e ciascun usufrutto si estingue con la perdita dell'animale che ne è l'obbietto. L'art. 615 non dice che, in questo caso, l'usufruttuario deve restituire la

---

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 513 e nota 22, e le autorità ivi citate.
(2) Demolombe, t. X, p. 283, n. 316.

pelle od il suo valore. ma ciò è di diritto; l'usufruttuario non ha alcuna ragione sulle pelli degli animali che periscono, è la cosa del proprietario che si perde, a lui dunque appartiene tuttociò che rimane (1).

70. Si domanda se l'usufrutto rivive quando la cosa distrutta venga restituita nel suo stato primitivo. Rovinata una casa, essa vien ricostrutta dal proprietario o dall'usufruttuario: risorgerà l'usufrutto? « I giureconsulti romani, dice Pothier, avevano spinto così oltre la sottigliezza, che nell'ipotesi in cui la casa fosse stata ricostruita, decidevano che l'usufruttuario della casa incendiata non avesse alcun diritto sulla nuova costruzione, perchè non si trattava più dello stesso edificio sul quale l'usufrutto era stato costituito ». Egli osserva che nel nostro diritto francese, simili sottigliezze non possono trovare accoglimento, e per conseguenza conclude che se il proprietario ricostruisce la casa. l'usufruttuario avrà il godimento della casa nuova (2). Quando si ammette con Pothier che la distruzione dell'edificio non estingue l'usufrutto, è ben logico ammettere che l'usufrutto rivive se la casa è ricostruita; per meglio dire l'usufrutto sussiste ancora, perchè non essendo mai stato estinto, non può parlarsi di reviviscenza. Ma il codice rigetta questa dottrina; l'art. 624 dichiara l'usufrutto estinto a tal segno che l'usufruttuario non ha il diritto di godere nè del suolo nè dei materiali. Si tratta dunque di sapere se un diritto estinto può rivivere. Perchè riviva occorre una disposizione della legge, come avviene, ad esempio, in materia di servitù. Le servitù cessano, dice l'art. 703, quando le cose si trovano in tale stato che non se ne possa più far uso: esse *rivivono,* aggiunge l'art. 704, se le cose sono ristabilite in modo che se ne possa far uso nuovamente. Potrà applicarsi per analogia questa disposizione all'usufrutto? A primo aspetto, si è tentati di rispondere affermativamente. L'usufrutto non è forse una servitù? E non si applicano alle servitù personali i principii generali che regolano le servitù reali? Ciò è vero; nondimeno si è d'accordo nel ritenere, e con ragione, che l'art. 704 non è applicabile in materia d'usufrutto. Egli è perchè l'analogia ch'esiste tra l'usufrutto e le servitù reali fa precisamente difetto quando si tratta dell'estinzione di questi diritti; se l'usufrutto è visto con disfavore, d'altrettanto son favorite le servitù reali perchè sono una necessità della vita sociale. Non si può dunque estendere all'usufrutto una disposizione che gli autori del codice hanno stabilita per favorire la conservazione delle servitù, allorchè essi, al contrario, favoriscono l'estinzione dell'usufrutto (3).

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p 53` e le note.
(2) POTHIER, *Du douaire,* n. 255.
(3) Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. II, p. 513 e nota 23. Bisogna aggiungere MOURLON, *Répétitions,* t. I, p. 73.

L'usufrutto rimane dunque estinto quando l'edificio è distrutto, quantunque il nudo proprietario lo ricostruisca. Sarebbe lo stesso se la ricostruzione si facesse dall'usufruttuario, salvo in questo caso a lui il diritto di reclamare un compenso verso il proprietario del fondo, come abbiamo detto più addietro (1). Ciò suppone, beninteso, che si versi nell'ipotesi prevista dall'art. 624, vale a dire che l'usufrutto cada sopra un edificio. Se l'edificio fa parte di un podere, l'usufrutto sussiste; in questo caso, sussisterà altresì sulla casa ricostruita, salvo a regolare i rapporti tra il nudo proprietario e l'usufruttuario relativamente alle spese di costruzione.

Rimane una difficoltà; l'usufrutto non cade che sopra un edificio o sopra un podere; se la casa è assicurata, chi trarrà profitto dall'indennità? Noi rinviamo a ciò che su questa questione abbiano già detto prima d'ora (2).

71. Sin qui abbiamo supposto il perimento della cosa ovvero un mutamento tale, che la cosa si reputa distrutta, e che per conseguenza l'usufrutto è estinto. Che bisogna decidere se il cangiamento avvenuto non è che un ostacolo temporaneo all'esercizio del diritto? Uno stagno vien prosciugato per una causa non permanente, ma in conseguenza d'una siccità straordinaria che ha inaridite le sorgenti. Un terreno è *inondato;* l'inondazione dura per anni, indi le acque si ritirano. L'usufrutto sussiste ancora? Un primo punto intanto ne sembra sicuro, cioè che in questo caso l'usufrutto non è stato estinto. Quando si dice, conformemente alla dottrina romana, che il mutamento della destinazione estingue l'usufrutto, si suppone che questo cangiamento sia definitivo. Se dunque uno stagno è trasformato in terreno coltivabile, l'usufrutto sarà estinto salvo che non sia ben manifesta l'intenzione contraria del costituente. Se la modificazione non è che temporanea, se non ne risulta che un ostacolo di fatto all'esercizio dell'usufrutto, non si può dire che l'usufrutto si estingue, non essendovi alcuna causa legale di estinzione. Ma l'usufrutto sussisterà forse qualunque sia il lasso di tempo per cui abbia durato l'ostacolo? Supponiamo che lo stato che rende impossibile l'uso del fondo duri oltre trent'anni; l'usufrutto sussisterà ancora se in seguito le cose siano ristabilite in modo che se ne possa far uso? Il codice risolve la difficoltà per ciò che concerne le servitù reali: a termini dell'art. 704, esse cessano, anche quando le cose siano rimesse in pristino se il non uso ha durato trent'anni. Questa disposizione dovrà applicarsi per analogia all'usufrutto? Vi ha una ragione per dubitarne. Noi abbiamo esclusa or ora l'applicabilità dell'art. 704, che non può essere esteso per analogia al caso che venga ricostruito un edificio gravato d'usufrutto. Se

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*. n. 551.
(2) Vedi innanzi, n. 46 e vol. VI, n. 530.

la prima parte di questo articolo non può trovare applicazione al caso dell'usufrutto, lo potrà forse la seconda? Tuttavia, a malgrado di tale apparente contraddizione, noi crediamo che occorra applicare all'usufrutto la disposizione che dichiara le servitù definitivamente estinte quando l'ostacolo che ne impediva l'esercizio ha durato trent'anni. Vi sono due principii nell'art. 704. L'uno conserva la servitù quando le cose sono ristabilite nel termine di trent'anni; il codice stesso dice che la servitù *rivive:* ecco una disposizione di favore che non si può estendere all'usufrutto. L'altro principio dichiara estinte le servitù dopo il non uso durato trent'anni, quantunque il non uso provenga da un ostacolo che ne ha reso impossibile l'esercizio; questa disposizione è piuttosto rigorosa che favorevole; si è anche sostenuto esser contraria ai veri principii. Noi ritorneremo sulla questione al titolo delle *Servitù* (1). Se la disposizione è severa, bisogna per interpretazione analogica, o per meglio dire, per un argomento *a fortiori* applicarla all'usufrutto. L'usufrutto è una servitù ma una servitù di cui la legge favorisce la estinzione; se le servitù reali di cui la legge favorisce la conservazione si estinguono quando non se ne usi per lo spazio di trent'anni, a più forte ragione nella medesima ipotesi, dovrà cessare l'usufrutto (2).

N. 6. — Della rinuncia.

72. Il codice civile ammette che l'usufruttuario ha diritto di rinunciare all'usufrutto. Se non lo dice in modo formale, collocando la rinuncia fra le cause di estinzione prevedute dall'articolo 617, egli è perchè la facoltà di rinunziare è di diritto comune: essa appartiene a qualunque persona capace di disporre dei suoi beni. Rinunciare ad un diritto, è abdicarvi, e quindi disporne; perciò bisogna essere capace d'alienare perchè la rinuncia sia valida (3). Sarà pure necessario il consenso di colui a cui favore è fatta la rinuncia? Le dottrina è alquanto incerta su questo punto. Noi crediamo che si debba far distinzione fra i diritti di credito ed i diritti reali. Le obbligazioni nascono dall'accordo due volontà ed è pur necessario tale accordo perchè si possano risolvere: non vi è pagamento senza il consenso del creditore, e non vi è remissione del debito senza il concorso del debitore, come diremo al titolo delle *Obbligazioni*. Non è lo stesso dei diritti reali; questi non suppongono nè creditore nè

(1) Vedi il tomo VII dei miei *Principii*, n. 204 e seg.
(2) Vedi le diverse opinioni su tale questione, in AUBRY e RAU, t. II, p. 414, nota 24, e in DALLOZ, alla voce *Usufruit*, n. 66.
(3) PROUDHON, t. VI, p. 6, n. 2165.

debitore, ma si esercitano direttamente sulla cosa. Poco importa che abbiano la loro origine da un contratto; la proprietà si acquista con la vendita, ciò non toglie che il compratore non eserciti il suo diritto direttamente sulla cosa. Può egli rinunciare a tal dritto, unicamente colla sua volontà? L'affermativa non è stata posta mai in discussione. Se si tratta d'una cosa mobile, il proprietario può gettarla con l'intenzione di non riprenderla più; essa apparterrà allora al primo occupante, e di certo non occorre il concorso della volontà del padrone e di colui che s'appropria la cosa per occupazione, perchè la rinuncia alla proprietà sia valida. Se si tratta di un immobile il proprietario può altresì abbandonarlo; sarà un bene senza padrone che apparterrà allo Stato (art. 713), ed è certo che non fa bisogno il consenso dello Stato perchè la rinunzia alla proprietà sia valida. Ma se ciò è vero della proprietà, deve esserlo altresì degli altri diritti reali. Chi ha un diritto reale non ha di fronte un debitore; egli è in rapporto diretto con la cosa: se vuole abdicare al suo diritto, chi potrebbe impedirglielo? Non v'ha debitore personale, il fondo solo è obbligato, e non si dirà certamente che occorra il consenso del fondo.

Questi principii trovano piena applicazione al caso dell'usufrutto. L'usufruttuario s'avvede che gli oneri gravanti il suo godimento oltrepassano gli utili che ne trae; egli vi rinuncia. La sua rinuncia gioverà al nudo proprietario, nel senso che l'usufrutto si riunirà con la nuda proprietà. Si dirà forse che la rinunzia non sarà valida se non quando sia intervenuto il consenso o l'accettazione del nudo proprietario? Non vi ha luogo ad accettazione quando non vi è offerta; ora, l'usufruttuario che rinuncia non fa alcuna offerta al nudo proprietario, egli si limita ad abdicare al suo diritto. L'erede che rinuncia alla successione, non ha bisogno del consenso di colui cui l'eredità si devolve: il suo diritto alla rinuncia è assoluto come quello di proprietà. Ora l'usufruttuario ha la proprietà del suo diritto di usufrutto, come l'erede ha quella dell'eredità: entrambi possono dunque disporre come credono di ciò che loro appartiene.

Non bisogna confondere la rinuncia, ch'è un atto di volontà unilaterale, con la cessione del diritto che si fa a titolo oneroso o gratuito. La cessione esige certamente il concorso della volontà di colui al quale il diritto è ceduto; è un contratto. Esso può farsi sotto il nome di rinuncia; ma il nome che le parti danno ad un negozio giuridico non ne determina la natura e gli effetti; bisogna vedere ciò che tra esse si è realmente stipulato. Supponiamo che l'usufruttuario dichiari di rinunciare a titolo gratuito al suo usufrutto, in vantaggio del nudo proprietario. È questa una rinuncia unilaterale come quella di cui abbiamo parlato? No, è una donazione. E la differenza non è soltanto di parole. Anzitutto, occorrerà il consenso del nudo proprietario che è il donatario, poichè la donazione è un contratto. Indi necessiterà l'osservanza delle forme prescritte per la donazione,

come diremo più avanti. In fine si applicheranno a questa donazione tutti i principii che regolano gli effetti delle donazioni. Perciò l'usufruttuario avrà il diritto di revocarla per causa di ingratitudine ed essa sarà revocata di pien diritto per la sopravvenienza di un figlio al donante. La rinuncia unilaterale al contrario, non è sottoposta alle regole delle donazioni e non produce gli effetti che da quella derivano (1).

73. Può l'usufruttuario ritornare sulla sua rinuncia? Se essa risulta da una convenzione fatta col nudo proprietario, si applicano i principii generali che regolano i contratti. Finchè non vi è che un'offerta non accettata, l'usufruttuario non è vincolato e perciò può ritrattarla; egli non ritorna, in questo caso, sovra la sua rinuncia, poichè non v'ha rinuncia fin quando non abbia avuto luogo il concorso delle due volontà. Se la rinuncia è unilaterale, bisogna risolvere che è definitiva, solo perchè l'usufruttuario ha manifestata la sua volontà di rinunciare. Così appunto accade in materia di proprietà. Chi abbandonasse un immobile cesserebbe d'essere proprietario dal momento che avesse manifestata la sua volontà, ancorchè lo Stato non avesse fatto alcun atto d'appropriazione. È questa la conseguenza del principio che la rinuncia, essendo un atto unilaterale, è perfetta per la sola volontà di colui che rinuncia ad un diritto. È ben vero che al titolo delle *Successioni*, la legge permette all'erede che ha rinunciato di ritornare sulla sua rinuncia finchè l'eredità non è accettata da altri (art. 950). Ma questa disposizione è eccezionale, e devesi perciò interpretare restrittivamente. Non vi è eccezione senza una espressa norma di legge. Proudhon insegna che la rinuncia non diviene definitiva ed irrevocabile che allorquando il nudo proprietario l'ha accettata. Ciò suppone, come egli dice, che la rinuncia non sia che una proposta, vale a dire un'offerta; il che è contrario ai principi. Vi è una sentenza in favore di questa opinione, ma anche essa è basata sul presupposto erroneo che la rinuncia sia un contratto (2).

74. In qual modo deve farsi la rinuncia? Può essere tacita? o deve essere espressa? In quest'ultimo caso, l'espressione della volontà dovrà essere assoggettata a formalità speciali? Importa anzitutto fissare il concetto dell'art. 621, il quale prescrive: « la vendita della cosa soggetta all'usufrutto non porta verun cangiamento al diritto dell'usufruttuario; egli continua nel suo usufrutto se non vi ha *formalmente* rinunciato. È dunque un principio generale quello della rinunzia *formale,* ovvero l'art. 621

---

(1) DEMANTE, t. II, p. 553, n. 467 *bis*. DEMOLOMBE. t. X, p. 697, n. 742. AUBRY e RAU, t. II, p. 518 e nota 45. Sentenza di Bordeaux del 23 dicembre 1817 (DALLOZ, alla parola *Usufruit,* n. 699).

(2) Citata sentenza di Bordeaux (pag. 64, nota 1). PROUDHON, t. V, p. 52, n. 2220. In senso contrario, DEMOLOMBE, t. X, p. 687, n. 733 *bis*.

non si applica che al caso in cui l'usufruttuario interviene nella vendita che il nudo proprietario fa della cosa? Secondo la lettera della legge e la tradizione cui si riferisce, bisogna decidere ch'essa prevede il caso speciale che noi abbiamo menzionato. Se l'usufruttuario interviene nella vendita, la sua intenzione può essere di rinunciare al suo godimento a favore del nudo proprietario e dell'acquirente; ma può aver altresì l'intenzione di vendere il suo diritto d'usufrutto, il che facilita la vendita della nuda proprietà. Vi è dunque dubbio. Ecco perchè la legge in questo caso respinge la rinunzia tacita e vuole che l'usufruttuario faccia conoscere la sua volontà; in questo senso, la sua rinuncia dev'essere *formale*. In diritto romano era massima che il consenso dato dall'usufruttuario alla vendita importava rinuncia all'usufrutto. Questa decisione è troppo assoluta; essa suppone che l'usufruttuario non possa avere altra intenzione che quella di abdicare al suo usufrutto, il che non è esatto. Per evitare il pericolo che risulta da questa incertezza, il legislatore ha respinta la presunzione ammessa dai giureconsulti romani, richiedendo una dichiarazione di volontà da parte dell'usufruttuario.

Si dovrà concludere da ciò che il concorso dell'usufruttuario all'atto di vendita non importi mai rinuncia all'usufrutto, salvo quando vi è dichiarazione formale? A malgrado dei termini in cui è concepito l'art. 621 che richiede una rinuncia *formale*, gli autori ammettono che la rinunzia può anche essere tacita. Una sentenza della Corte di Rouen ha deciso così nelle circostanze seguenti. L'usufruttuario aveva consentito alla vendita come all'impiego delle somme da essa provenienti. Prodotto ricorso, questa decisione fu confemata dalla Corte di cassazione (1). È a notare che in questa specie eravi più che concorso dell'usufruttuario nel contratto; il suo consenso all'impiego delle somme era più significativo che la sua presenza all'atto; egli con ciò manifestava chiaramente l'intenzione di rinunciare all'usufrutto della cosa venduta. L'art. 621 non era applicabile, poichè questa disposizione non fa che riprodurre il caso deciso dai giureconsulti romani, vale a dire il concorso dell'usufruttuario alla vendita. Si rientrava quindi nei principii generali; ora, in linea di principio, la rinuncia, siccome qualunque altra manifestazione di volontà, può essere tacita. Non bisogna dunque vedere nella sentenza della Corte suprema una interpretazione dell'art. 621, ma soltanto una decisione basata sulle particolari circostanze della causa. Nell'ipotesi preveduta dall'art. 621 la legge richiede una rinuncia formale, il che ben significa che la rinuncia dev'essere fatta con parole. S'intende da sè che non vi sono parole sacramentali (2).

---

(1) Sentenza di rigetto del 2 febbraio 1852 (Dalloz, 1852, 1, 33).

(2) Genty, p. 236, n. 290. In senso contrario, Aubry e Rau, t. II, p. 517 e nota 42. Demolombe, t. X, p. 684, nn. 730 e 732. Confronta Proudhon, t. V, p. 12, nn. 2173-2177.

Se dai termini dell'atto risulti che l'usufruttuario ha inteso vendere il suo usufrutto, allora non può essere più questione di una rinuncia. Si applicano in questo caso i principii che regolano la vendita dell'usufrutto (1).

75. La rinuncia fatta a titolo gratuito è sottoposta alle formalità prescritte per le donazioni? Vi è un caso in cui la questione non presenta alcun dubbio: quando la rinuncia è un atto unilaterale, non vi è donazione; non può dunque farsi questione dell'osservanza di forme le quali non riguardano che le donazioni. Quando la rinuncia è fatta col concorso delle volontà, forma un contratto, perciò una donazione, se l'usufruttuario rinuncia senza compenso. Bisognerà quindi osservare le formalità prescritte per le donazioni. L'opinione contraria si insegna tuttavia, ed è pur consacrata dalla giurisprudenza. Così fu deciso che la rinuncia gratuita fatta dalla madre superstite, a favore dei suoi figli, dell'usufrutto a lei legato non è sottoposta alle forme delle donazioni. Nella specie, la madre aveva rinunciato con atto autentico, ma i figli non avevano accettato in modo espresso, come vuole la legge (art. 932) La Corte di Rouen giudicò che l'art. 932 non trovava applicazione. Essa distingue: se la rinuncia si facesse a vantaggio di un terzo, vi sarebbe donazione; ma quando l'usufruttuario rinuncia a vantaggio del nudo proprietario, vi è semplicemente liberazione da una servitù (2). La distinzione è poco giuridica. In entrambi i casi, vi è trasmissione di un diritto reale, dunque donazione quando la trasmissione vien fatta a titolo gratuito. Proudhon dice che le leggi non richiedono pel ritorno alla libertà le forme che prescrivono quando vi è trasmissione di proprietà. Ci sembra che ciò sia risolvere la questione con la questione; si tratta precisamente di sapere se la legge stabilisca una differenza fra la trasmissione fatta sotto forma di rinuncia e la trasmissione ordinaria. Dove è il testo che apporta questa differenza? qual'è il principio da cui scaturisce? Si obbietta esservi contraddizione nell'opinione che noi professiamo. Che la rinuncia sia unilaterale o bilaterale, si dirà, in tutti i casi essa ha per effetto una trasmissione dell'usufrutto; perciò una liberalità se vien fatta gratuitamente. Ma la rinuncia unilaterale è essenzialmente gratuita e sarà sempre quindi una donazione. Noi contestiamo quest'ultimo punto. Non vi è liberalità, e l'usufruttuario che rinuncia non intende avvantaggiare il nudo proprietario. Quando si rinuncia all'usufrutto? Quando non si ha interesse a conservarlo, se è oneroso in causa dei pesi che lo gravano: questa rinuncia può farsi anche malgrado il nudo proprietario: ora, si

---

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 474 e seg.

(2) Rouen, 22 gennaio 1846 (Dalloz, 1847, 2, 62). Confronta Proudhon, t. V p. 43 n. 2206. In senso contrario, Demolombe, t. X, p. 686, nn. 732, 733; Aubry e Rau, t. II, p. 517 e nota 11.

concepisce una donazione fatta contro la volontà del donante? È vero che una rinuncia unilaterale può nascondere una liberalità; noi vedremo, al titolo delle *Donazioni,* quali sono i principii che regolano le donazioni simulate.

76. Quando l usufrutto è immobiliare, la rinuncia è soggetta alla formalità della trascrizione perchè possa essere opposta ai terzi. È l'applicazione del principio generale stabilito dalla nostra nuova legge ipotecaria. A termini dell'art. 1.°, gli atti di rinuncia a diritti reali immobiliari debbono essere trascritti. Noi esamineremo più tardi questa disposizione, essendo la sede della materia al titolo delle *Ipoteche.*

77. L'usufruttuario che rinuncia non è più tenuto agli oneri che doveva sopportare in tal sua qualità non essendovi più usufrutto. La rinuncia ha effetto retroattivo? Noi abbiamo già esaminata la questione (1). Essa è controversa, e lo è altresì nella sua applicazione all'usufrutto legale del padre e della madre. Se si ammette come principio che l'usufruttuario può liberarsi, anche pel passato, dalle riparazioni e dagli altri oneri usufruttuarii, restituendo i frutti che ha percepiti, bisogna naturalmente applicare il medesimo principio al godimento del padre e della madre. Vi è in senso contrario una sentenza della Corte di Lione (2).

78. A termini dell'art. 622: « I creditori dell'usufruttuario possono far dichiarare nulla la rinuncia che questi avesse fatta a loro pregiudizio ». È l'applicazione del principio stabilito dall'art. 1167, e conosciuto sotto il nome di *azione pauliana.* Vi ritorneremo al titolo delle *Obbligazioni.*

N. 7. — Abuso di godimento.

79. L'art. 618 dice che « l'usufrutto può anche cessare per l'abuso che l'usufruttuario faccia del suo diritto ». È difficile giustificare questa causa d'estinzione. Gli antichi giureconsulti la riferivano al diritto romano, per una falsa interpretazione di un passo delle Istituzioni; essa passò a questo titolo nella giurisprudenza e fu anche ammessa in parecchie consuetudini (3). Tuttavia Pothier la considerava come una disposizione eccezionale, perciò come una derogazione al rigore dei principii; la regola, secondo lui, era che l'usufruttuario il quale abusasse del suo godimento fosse privato della facoltà di godere da sè

---

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii,* n. 547.

(2) Lione 16 febbraio 1835 (Dalloz, alla parola *Puissance paternelle,* n. 151). Nel medesimo senso, Demolombe, t. VI, p. 475. In senso contrario, Zachariae, t. III, p. 684, edizione di Aubry e Rau.

(3) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 151, n. 228. Demolombe, t. X, p. 672, n. 716.

stesso, e che il nudo proprietario fosse ammesso a godere in sua vece, a condizione di dar conto delle rendite all'usufruttuario, deduzione fatta dei carichi (1). Come dice benissimo Portalis al consiglio di Stato, la cattiva amministrazione dell'usufruttuario non deve costituire un vantaggio pel nudo proprietario (2). Si è tentato di spiegare la decadenza dell'usufruttuario col principio della condizione risolutiva tacita. L'usufruttuario deve conservare la sostanza della cosa, è questa la condizione del suo godimento; se non adempie l'obbligazione inerente al suo diritto, è logico che questo diritto sia risoluto (3). Noi risponderemo a Demolombe che la legge non ammette questa logica. Infatti la condizione risolutiva tacita non ha luogo che nei contratti sinallagmatici (art. 1184). Può il nudo proprietario dire all'usufruttuario che poichè questi non esegue le sue obbligazioni, egli deve essere prosciolto dalle proprie, mentre il nudo proprietario non ha obbligazioni di sorta? L'usufruttuario stesso non ha obbligazioni propriamente dette, poichè, in materia di diritti reali, non vi è debitore nè creditore. Ciò è affatto elementare. Senza dubbio l'usufruttuario deve conservare la sostanza e godere da buon padre di famiglia ed è responsabile quando abusa. Ma è necessario per questo di privarlo del suo diritto? La cauzione non risponde forse dei danni ed interessi cui è tenuto? E non bastava, come voleva Pothier, limitarsi a togliergli il godimento personale affidandolo al nudo proprietario?

80. Questa causa d'estinzione non concerne il quasi-usufrutto; l'usufruttuario divenendo proprietario delle cose fungibili, ha per ciò solo il diritto d'abusarne (4). Tuttavia, è stato deciso che l'art. 618 si applica all'usufrutto delle cose consumabili coll'uso: ecco la specie. L'usufrutto comprendeva dei capitali collocati con garanzia ipotecaria e con privilegi; l'usufruttuario ne chiese il rimborso, anche prima della scadenza e collocò le somme sopra semplici scritture private senza alcuna garanzia. Gli si addebitavano atti più riprensibili ancora; la sentenza della Corte di cassazione constata che egli aveva occultato dei capitali ed aveva tentato di dissimularne la provenienza. La Corte dichiarò che l'art. 618 era l'applicazione di un principio di equità, che quando l'usufruttuario mancava ai suoi più essenziali doveri, era giusto che il suo diritto potesse risolversi, senza distinzione tra l'usufrutto che cade sovra immobili e quello che ha per obbietto cose fungibili. È vero, dice la sentenza, che l'usufruttuario può domandare il rimborso dei capitali e disporre delle somme; ma se può consumarle nel senso legale della parola,

(1) Pothier, *Du douaire*, n. 262.
(2) Seduta del Consiglio di Stato del 27 vendemmiale, anno XII, n. 28 (Locré, t. IV, p. 118).
(3) Demolombe, secondo Proudhon, t. V, p. 242, n. 2442.
(4) Proudhon, t. V, p. 219, n. 2417.

non cessa di esser tenuto ad amministrare da buon padre di famiglia; s'egli si dà ad una stolta dissipazione, se commette sottrazioni frodolente, compromette i diritti del nudo proprietario, e perciò l'art. 618 trova la sua piena applicazione (1). Nella specie, l'abuso era evidente. Infatti l'usufrutto, quando ebbe luogo, cadeva su crediti; ora i crediti non sono cose fungibili; l'usufruttuario può, è vero, domandarne il rimborso, ma è questo un atto di godimento, e che per conseguenza è soggetto alla regola essenziale di qualsivoglia usufrutto; l'usufruttuario non deve chiedere il rimborso che per collocare le somme più vantaggiosamente, altrimenti egli abusa e vi è luogo ad applicare l'art. 618. Noi crediamo anche che la legge sarebbe applicabile, se, fin dal principio, l'usufrutto cadesse sovra somme di denaro. Vi è una differenza tra il denaro e le altre cose fungibili: il denaro non si mangia, lo si colloca, lo s'impiega. Vi è dunque in ciò un modo di godimento ch'è sottoposto alla regola generale, in virtù di cui l'usufruttuario deve godere da buon padre di famiglia; ora, dal momento che l'abuso è possibile, vi è luogo alla decadenza. Non può invece parlarsi d'abuso quando l'usufrutto cade su cose che si consumano materialmente.

81. Quando si verifica l'abuso di godimento? Si risponde in generale che dev'esservi mala fede, sottrazione fraudolenta (2). Ma con ciò si viene ad aggiungere alla legge, poichè il codice non richiede che l'abuso sia commesso con intenzione dolosa. L'art. 618 spiega ciò che bisogna intendere per godimento abusivo: l'usufruttuario abusa quando commette delle deteriorazioni sul fondo ovvero lo lascia perire per difetto di manutenzione. Vi ha quindi abuso sol perchè l'usufruttuario manca alla obbligazione impostagli di godere da buon padre di famiglia, vale a dire appena sorge la colpa. Ma la legge non dice che quando vi è colpa la decadenza *deve* essere pronunciata; essa si limita a dire che l'usufrutto *può* cessare. Spetta dunque al giudice d'apprezzare la gravità della colpa. Noi vedremo più innanzi che i tribunali hanno, in questa materia, un potere discrezionale. É dunque inutile porgere esempi (3): tutto dipende dalle circostanze di fatto che diversificano dall'una all'altra causa.

La decadenza è una pena che la legge infligge per una colpa grave commessa dall'usufruttuario. Ogni colpa implica un fatto personale ed imputabile. Egli è lo stesso della colpa che apporta la decadenza dall'usufrutto. Sotto l'impero dell'antico diritto, è stato deciso che le deteriorazioni fatte dall'affittuario non potendo imputarsi all'usufruttuario, non vi era luogo a pro-

(1) Sentenza di rigetto del 21 gennaio 1845 (Dalloz, 1845, 1, 104).

(2) Demolombe, t. X, p. 675, n. 718. Proudhon, t. V, p. 220, n. 2419. Confronta sentenza d'Amiens del 1.° dicembre 1843 (Dalloz, 1845, 1, 114).

(3) Proudhon, t. V, p. 222, nn. 2419 e 2420. Dalloz, alla parola *Usufruit*, n. 683. Sentenza di Caen dell'8 agosto 1816 (Dalloz, alla parola *Usufruit*, numero 695.

nunciare l'estinzione del suo diritto per causa di abuso; è vero ch'egli deve riparare il danno, essendo tenuto a restituir la cosa non deteriorata; in questo senso egli risponde della colpa dell'affittuario, ma un godimento abusivo implica un fatto personale; ciò decide la questione in favore dell'usufruttuario (1).

Sarà lo stesso quando è il tutore che ha abusato? Secondo i principii che regolano la gestione del tutore, bisogna distinguere. Se vi è semplice colpa, il minore è tenuto per applicazione della regola che il fatto del tutore è il fatto del minore; ma se vi è dolo, la responsabilità è personale al tutore (2). La distinzione è giuridica; noi non v'insistiamo, perchè fortemente dubitiamo che un tribunale pronunzi giammai la decadenza di un minore per la colpa del suo tutore.

82. La vendita della cosa gravata d'usufrutto costituisce un abuso di godimento? Un eccellente ingegno, il Voet, sembra dubitarne. Dumoulin, al contrario, chiama questo fatto un tradimento; invero, l'usufruttuario è obbligato a conservare la cosa, egli è costituito custode dalla legge; se un terzo compromette i diritti del nudo proprietario, egli deve denunciare a questi l'usurpazione (art. 614), e risponde del danno che il nudo proprietario soffre, se non denuncia la turbativa. E vuolsi che possa egli stesso impunemente spogliare il proprietario? Si dirà che il nudo proprietario può sempre esercitare l'azione di rivendica, e che del resto egli è garantito dalla cauzione. Quest'ultima considerazione non ha alcun valore, poichè la legge permette di pronunziare la decadenza non ostante la garanzia della cauzione. Quanto alla rivendicazione, può essere respinta coll'usucapione. Qui sta il gran pericolo pel proprietario. In questo senso, Proudhon ha ragione di dire che vi sono pochi atti di abuso più colpevoli che la vendita della cosa fatta dall'usufruttuario. Tale è del resto l'opinione di tutti gli autori (3).

83. A differenza degli altri modi di estinzione, l'abuso non mette fine di pieno diritto all'usufrutto. È il giudice che pronuncia la decadenza dell'usufruttuario (art. 618). Poichè havvi una colpa da apprezzare ed una pena da infliggere, bisognava naturalmente fare intervenire i tribunali. Oltre l'estinzione dell'usufrutto, il giudice può ancora accordare al nudo proprietario i danni-interessi; la legge non lo dice, ma è di diritto; il magistrato può pure accontentarsi di pronunciare la decadenza, senza aggiudicare danni interessi, se l'immissione del proprietario nel godimento è un compenso sufficiente al pregiudizio che ha sofferto.

---

(1) Questa è l'opinione generale. Vedi le autorità in DALLOZ, alla parola *Usufruit*, n. 685.

(2) Vedi il tomo V dei miei *Principii*, n. 102. Confronta DALLOZ, alla parola *Usufruit*, n. 686. PROUDHON, t. V, p. 249, n. 2450.

(3) PROUDHON, t. V, p. 225, n. 2422. DEMOLOMBE, t. X, p. 676, n. 719.

84. L'art. 618 conferisce ai giudici un potere discrezionale: « essi possono, secondo la gravità delle circostanze, pronunciare l'estinzione assoluta dell'usufrutto, ovvero ordinare l'immissione del proprietario nel possesso della cosa sottoposta all'usufrutto, sotto la condizione però di pagare annualmente all'usufruttuario, od agli aventi causa dal medesimo, una somma determinata sino al momento in cui l'usufrutto avrebbe dovuto cessare ». Risulta del testo e dallo spirito della legge che l'art. 618 non deve essere inteso in un senso restrittivo; se la colpa non è abbastanza grave per apportare la decadenza dell'usufruttuario, il tribunale potrà prendere quelle misure che giudicherà convenienti per conciliare gl'interessi del nudo proprietario e quelli dell'usufruttuario. Così se l'usufruttuario fosse dispensato dal prestar cauzione e se abusa e compromette i diritti del nudo proprietario, il giudice potrà condannarlo a prestar cauzione; è il caso di dire, chi può il più può il meno (1). L'art. 602 potrà essere applicato per analogia. Secondo questa disposizione, se l'usufruttuario, al sorgere del suo diritto, non è in grado di prestare cauzione sufficiente, gl'immobili sono dati in affitto o messi sotto sequestro. Il sequestro raggiunge perfettamente lo scopo che il legislatore si è proposto; esso assicura i diritti del proprietario e conserva il godimento dell'usufruttuario (2).

Si domanda se il tribunale può dichiarare l'estinzione parziale dell'usufrutto. Dumoulin si pronuncia per l'affermativa. La pena, egli dice, dev'essere proporzionata al delitto. Se l'usufruttuario non ha abusato che nel godimento di taluni beni, come un bosco, non vi è alcuna ragione per estinguere l'usufrutto relativamente a quelli dei quali ha goduto da buon padre di famiglia. Proudhon è di contrario parere: secondo lui, è la natura della colpa che bisogna considerare piuttosto che l'estensione dell'obbietto sul quale è stata commessa. Ma ciò è soverchio astrarre; mentre la difficoltà è innanzi tutto una questione di fatto e d'interesse. Noi crediamo che bisogna attenersi all'adagio: chi può il più può il meno (3). Così vuole pure lo spirito della legge. Al Consiglio di Stato, Treilhard dichiarò formalmente che i creditori dell'usufruttuario potevano chiedere che la privazione dell'usufrutto non fosse che parziale; ora, i creditori non fanno che esercitare i diritti del loro debitore, l'usufruttuario; anche costui potrà dunque domandare che l'usufrutto non sia estinto che parzialmente (4).

85. L'art. 618 aggiunge che i creditori possono intervenire nelle contestazioni per la conservazione dei loro diritti. Qual'è lo scopo di questo intervento? Quando i creditori intervegono

(1) Sentenza di rigetto del 21 gennaio 1845 (DALLOZ, 1845, 1, 104).
(2) DEMOLOMBE, t. X, p. 677, n. 722. GENTY, p. 242, n. 294.
(3) DUMOULIN, *Sur la coutume de Paris,* t. I, § I, glossa I, n. 46. In senso contrario, PROUDHON, t. V, p. 259, n. 2460.
(4) Seduta del Consiglio di Stato del 27 vendemmiale anno XII, n. 28 (LOCRÉ, t. IV, p. 128). DEMOLOMBE, t. X, p. 678, n. 723.

in una istanza in cui sono impegnati i diritti del loro debitore, è d'ordinario per impedire una collusione frodolenta in pregiudizio dei loro interessi. Potrebbe esservi collusione tra il proprietario e l'usufruttuario; intervenendo i creditori preverranno la frode. La legge aggiunge che essi possono assumersi la riparazione delle deteriorazioni commesse ed offrire garanzie per l'avvenire. Potranno dunque sostenere che non vi è luogo a pronunciare l'estinzione dell'usufrutto; è vero che la decadenza è una pena, ma questa pena ha radice nel pregiudizio che l'abuso ha cagionato al nudo proprietario; se costui è intieramente garantito e pel passato e per l'avvenire, la sua domanda non ha più ragione di essere, e cadrà, mancando, in qualche modo, di base. Diciamo *in qualche modo* perchè nulla vi è d'assoluto in questa materia; come il giudice può non pronunciare l'estinzione dell'usufrutto, non ostante taluni atti d'abuso, così, se vi sono state malversazioni frodolente, egli potrà dichiarare l'usufruttuario decaduto non ostante le offerte dei creditori. La legge non dice che le offerte dei creditori vincolano il giudice; egli dunque rimane libero di decidere secondo le circostanze (1).

Se il giudice accetta le offerte dei creditori, potrà o conservare l'usufruttuario nel godimento o concedere tale godimento ai suoi creditori. Costoro possono, secondo il diritto comune, esercitare i diritti del loro debitore (art. 1166); e ci sembra che lo spirito della legge richieda che l'esercizio dell'usufrutto venga attribuito ai creditori. Infatti, al nudo proprietario occorrono delle garanzie per l'avvenire; il testo lo dice. Quali saranno queste garanzie? Se l'usufruttuario rimane in possesso, noi non vediamo in che potrebbero consistere. Sarà forse una cauzione prestata dai creditori? La prima cauzione non ha impedito all'usufruttuario di abusare; la seconda non sarà un freno più potente. Si apporteranno delle limitazioni al modo di godimento dell'usufruttuario? Ma come si potrà assicurare che egli le osservi? La misura più giuridica e nel contempo più prudente sarà dunque quella di immettere in possesso i creditori (2).

86. Che avverrà se il tribunale respinge le offerte dei creditori? L'estinzione dell'usufrutto avrà per effetto di estinguere le loro ipoteche? Pare che il testo decida la questione in questo senso, poichè dopo aver accordato ai creditori il diritto d'intervenire, la legge dice che i giudici possono pronunciare l'estinzione *assoluta* dell'usufrutto; sembra dunque che la legge non accordi ai creditori che una sola via per tutelare i loro interessi, cioè d'intervenire nel giudizio per impedire la decadenza dell'usu-

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 516, e note 37 e 38. DEMOLOMBE, t. X, p. 679, numero 725. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 152, n. 229. Confronta DURANTON, t. IV, n. 697, p. 663.

(2) PROUDHON, t. V, p. 236, n. 2432.

cui la risoluzione e la revocazione avvengono di pieno diritto. Mentre che se l'usufrutto si estingue perchè il diritto del costituente è posto nel nulla, l'estinzione non avrà mai luogo di pieno diritto; in questo caso, l'usufruttuario ha un titolo ed occorre che questo titolo sia impugnato, potendo l'usufruttuario sontestare l'effetto della risoluzione o della rivocazione. Così, ce l'usufrutto è costituito per donazione, è revocato di pieno diritto per sopravvenienza di figli. Se è il donatario che ha costituito l'usufrutto, e se il suo diritto è revocato per sopravvenienza di figli, i diritti dei terzi non cadono di pieno diritto. Si farà luogo alla rinvedicazione od all'azione confessoria. Vi hanno altresì differenze quanto agli effetti. Quando il titolo stesso dell'usufruttuario è risoluto, si presume ch'egli non abbia avuto mai il possesso della cosa, e dovrà perciò restituire i frutti che ha percepiti: mentre che se il suo diritto cade per conseguenza della risoluzione di quello del costituente, l'usufruttuario può invocare il suo possesso (1). Dovremo tornare su questa materia al titolo delle *Obbligazioni*. Infine il terzo usufruttuario ha diritto alla garanzia, se ha acquistato l'usufrutto a titolo oneroso; mentre non si fa luogo a garanzia quando il titolo costitutivo dell'usufrutto è risoluto, revocato od annullato.

II. — Dell'usucapione.

89. Il codice non parla che dell'estinzione dell'usufrutto pel non uso, vale a dire per la prescrizione estintiva. Ma esso può estinguersi pure colla prescrizione acquisitiva.

Supponiamo anzitutto che venga stabilito un usufrutto sopra un fondo già gravato d'usufrutto; il terzo che lo acquista ha i requisiti del titolo e della buona fede; se egli possiede per dieci o venti anni colle condizioni prescritte dalla legge, avrà usucapito l'usufrutto. Si domanda se, in questo caso, il primo usufrutto verrà a cessare. L'affermativa è generalmente insegnata, con la restrizione tuttavia che l'usufrutto è piuttosto sospeso che estinto. Infatti, il primo usufrutto, essendo stato costituito validamente, non può estinguersi che per una causa legale; ora, nessuna disposizione di legge dichiara in questo caso l'estinzione dell'usufrutto; la prescrizione compiuta dal terzo impedisce soltanto all'usufruttuario d'usare del suo diritto, poichè due persone non possono essere proprietarii per la totalità, di una sola e medesima cosa, e l'usufrutto è una specie di proprietà. Dunque se, al momento in cui muore il secondo

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, nn. 105, 106.

usufruttuario, il primo vive ancora, egli rientrerà nell'esercizio del suo diritto (1).

90. La vera estinzione in forza della prescrizione acquisitiva ha luogo quando il terzo acquista da chi non è proprietario la piena proprietà della cosa gravata d'usufrutto; se ha giusto titolo, buona fede, e se possiede durante il tempo e sotto le condizioni richieste dalla legge, avrà usucapita la piena proprietà, e per conseguenza l'usufrutto sarà estinto. Ciò è generalmente ammesso; ma vi sono tuttavia seri motivi di dubbio. Anzitutto vi è una difficoltà nella legge. L'art. 618 dispone che l'usufrutto si estingue per non averne usato durante trent'anni; il testo non dice che l'usucapione della proprietà estingue l'usufrutto. Si risponde a questa obbiezione che sono sufficienti i principii generali. Colui che possiede la piena proprietà usucapisce la piena proprietà, vale a dire la proprietà libera da ogni peso. Il codice applica questo principio all'ipoteca (art. 2180). Se il diritto reale che merita maggior favore si estingue con la prescrizione acquisitiva, a maggior ragione si dirà lo stesso dell'usufrutto, di cui la legge favorisce l'estinzione. Vi è un'altra disposizione che ci sembra affatto decisiva. A termini dell'art. 1665, il compratore col patto di riscatto può prescrivere « tanto contro il vero proprietario, quanto contro coloro che pretendessero di avere *diritti* od *ipoteche* sopra la cosa venduta ». Questi *diritti* diversi dalle *ipoteche*, non possono essere che servitù, dunque l'usufrutto s'estingue con la prescrizione acquisitiva come l'ipoteca (2).

L'acquirente, nella specie, deve compiere due prescrizioni, una contro il nudo proprietario, che noi supponiamo essere il vero proprietario, l'altra contro l'usufruttuario. Le condizioni di queste due prescrizioni sono generalmente le stesse: giusto titolo, buona fede, caratteri del possesso. Egli è lo stesso per la durata del possesso, se il nudo proprietario e l'usufruttuario sono entrambi presenti, nel senso legale della parola (art. 2265). Se il nudo proprietario è presente e l'usufruttuario assente, la prescrizione non sarà acquisita riguardo all'usufruttuario che dopo un possesso di venti anni; infatti, l'usufrutto e la nuda proprietà formano due immobili distinti che il terzo acquirente deve entrambi acquistare con la prescrizione; occorre adunque he adempia le condizioni prescritte dalla legge tanto per ciò che è della nuda proprietà, quanto per ciò che riguarda l'usufrutto. Donde segue non essere sufficiente che il terzo abbia compiuta la prescrizione riguardo all'usufruttuario, poichè non si tratta per lui d'usucapire l'usufrutto separato dalla nuda proprietà; egli deve usucapire la piena proprietà, occorre dunque che la prescrizione sia acquisita e riguardo al nudo proprietario e riguardo all'usufrut-

---

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 519, nota 48. Demolombe, t. X, p. 696, n. 741.
(2) Genty, p. 245, n. 298, e le autorità citate da Aubry e Rau, t. II, p. 519 nota 49.

tuario perchè l'usufrutto sia estinto. Se la prescrizione fosse sospesa riguardo ad uno di questi, per ciò solo sarebbe sospesa ugualmente la prescrizione estintiva dell'usufrutto (1).

91. Vi è un altro caso di prescrizione acquisitiva che ha per effetto di estinguere l'usufrutto. Se il proprietario della cosa gravata d'usufrutto mi vende la piena proprietà, mi cede per lo stesso motivo il godimento, ma io non acquisto che la nuda proprietà, poichè il mio autore non aveva l'usufrutto. Potrei io, in questo caso, acquistare l'usufrutto per usucapione, se ho comprato il fondo ignorando che fosse gravato d'usufrutto? I motivi di dubitare e di decidere sono i medesimi che nell'ipotesi precedente. Si potrebbe, in entrambi i casi, obbiettare che l'acquirente non possiede l'usufrutto come separato dalla proprietà, che non può per conseguenza acquistarlo come un diritto distinto. Secondo la sottigliezza del diritto, ciò è vero, ma diremo con Pothier che la legislazione francese non ama le sottigliezze; è certo che l'acquirente ha avuto il godimento della cosa, e sarebbe stranissimo che egli potesse acquistare la piena proprietà per usucapione, e non potesse invece usucapire uno smembramento della proprietà (2).

Questa seconda ipotesi differisce sotto più rapporti dalla prima. Anzitutto s'intende da sè che l'usufruttuario il cui diritto trovasi prescritto potrà esercitare l'azione in regresso contro il nudo proprietario. Invero, è pel fatto di costui ch'egli è privato del suo diritto: ora, il nudo proprietario non può col suo fatto nuocere ai diritti dell'usufruttuario (art. 599). Secondo parecchi autori vi è una seconda differenza. L'usufrutto è estinto definitivamente? ovvero n'è solamente impedito l'esercizio? Noi crediamo che la vendita seguìta dall'usucapione non estingua il diritto dell'usufruttuario: egli non può esercitarlo, poichè trovasi di fronte ad un terzo proprietario che gli può opporre l'usucapione; ma se il terzo acquirente alienasse l'usufrutto, potrebbe l'usufruttuario primitivo esercitare il suo usufrutto? Il suo titolo è anteriore a quello del secondo usufruttuario; ora, il diritto reale più antico prevale su quello che è costituito posteriormente. Il secondo usufruttuario non potrebbe giovarsi dell'usucapione compiuta dal suo autore, poichè non ha acquistato che uno smembramento della proprietà. Anche questa soluzione è sottile, ma qui i principii sono troppo certi perchè si possa discostarsene (3).

---

(1) PROUDHON, t. IV, p. 545, n. 2154 e seg.
(2) POTHIER, *Du douaire*, n. 249, seguìto da tutti gli scrittori.
(3) AUBRY e RAU, t. II, p. 520, nota 53. Confronta DEMOLOMBE, t. X, n. 741. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, n. 226, e MARCADÈ, sull'articolo 624, appendice n. 1.

§ II. — *Conseguenze dell'estinzione.*

N. 1. — Diritti del proprietario.

92. Vi sono due casi di estinzione in cui il proprietario non ha alcun diritto, quando cioè l'usufrutto si estingue pel deperimento della cosa o per consolidazione nella persona dell'usufruttuario. Quando dunque si parla dei diritti del proprietario, in conseguenza dell'estinzione dell'usufrutto, si suppone che il godimento si riunisca alla nuda proprietà. La questione è di sapere in qual modo avvenga tale riunione. Dovrà il proprietario intentare una lite? No; Pothier dice ch'egli non ha bisogno di promuovere alcuna istanza contro l'usufruttuario od i suoi eredi per rientrare nel godimento; basta che faccia loro una semplice diffida a rilasciare il fondo (1). Ciò vuol dire che la riunione del godimento alla nuda proprietà si verifica di pieno diritto fin dall'istante in cui finisce l'usufrutto. Il testo del codice consacra implicitamente la dottrina di Pothier: l'art. 617 dice che l'usufrutto si estingue, ma non assoggetta il nudo proprietario ad alcuna formalità, ad alcuna condizione per rientrare in godimento. Ciò si comprende. Il nudo proprietario conserva il possesso per tutta la durata dell'usufrutto, poichè, riguardo a lui, l'usufruttuario non è che un detentore precario (2). Non può essere dunque tenuto a promuovere un'istanza qualsiasi per ricuperare il possesso, che non ha perduto mai. Quanto al godimento, esso non fu separato che in modo temporaneo dalla proprietà; dal momento in cui il godimento dell'usufruttuario cessa, ricomincia quello del proprietario.

93. Da questo principio discende una conseguenza sicura, cioè che il proprietario ha immediatamente l'esercizio delle azioni possessorie, quantunque non sia rientrato nel godimento da un anno ed un giorno. Egli infatti non ha mai cessato di possedere. Vi è una sentenza della Corte di cassazione in senso contrario (3). Proudhon la critica con una moderazione che onora il grande giureconsulto; è una di quelle decisioni erronee, egli dice, che debbono sfuggire, di tanto in tanto, ai magistrati più rispettabili, per ciò soltanto che sono uomini (4). Imitiamo noi pure tale riserbo, dacchè siamo tutti soggetti ad errare.

Non crediamo di dover insistere sull'errore in cui è caduta la Corte suprema perchè esso è evidente.

---

(1) POTHIER, *Du douaire*, n. 268.
(2) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 365.
(3) Sentenza di Cassazione del 6 marzo 1862 (DALLOZ, alla parola *Action possessoire*, n. 249).
(4) PROUDHON, t. V, p. 364, n. 2572.

94. La conseguenza che deriva dal principio, in quanto concerne i frutti, è altresì evidentissima. Quando, all'epoca dell'estinzione dell'usufrutto, vi sono frutti pendenti dai rami od uniti al suolo per le radici, essi appartengono al proprietario, se l'usufruttuario coltivava egli stesso il fondo. L'art. 585 lo dice espressamente aggiungendo che non è dovuto alcun compenso per le spese dei lavori e delle sementi. Quanto ai frutti civili, l'usufruttuario non li acquista che in proporzione alla durata del suo usufrutto (art. 586); epperò essi apparterranno al proprietario dal momento in cui l'usufrutto ha fine. È l'applicazione del principio che i frutti appartengono al proprietario della cosa.

95. Da ciò consegue che l'usufruttuario od i suoi aventi causa debbono restituire immediatamente la cosa gravata d'usufrutto. Se rimangono in possesso, debbono dar conto dei frutti naturali e civili che hanno indebitamente percepiti, e possono anche, ove del caso, essere condannati ai danni interessi. Se ne deduce che essi dovranno di pieno diritto gli interessi: e cioè quelli che hanno percepiti, a titolo di restituzione, e quelli che non hanno percepiti, a titolo di danni-interessi. Vi sono tuttavia dei motivi di dubbio. È principio che gl'interessi non sono dovuti che dal giorno della domanda, salvo nei casi in cui la legge li fa decorrere di pieno diritto. Ora, non vi è testo che faccia decorrere gl'interessi di pieno diritto a vantaggio del proprietario: il che sembra decidere la questione. A ciò si risponde, e la risposta è perentoria, che l'art. 1153 non è applicabile che in materia di obbligazioni convenzionali, e ciò si comprende: era in facoltà del creditore lo stipulare gli interessi; se non lo ha fatto, bisogna naturalmente che li domandi. Non si può dire altrettanto in materia di diritti reali; in questi non vi è nè debitore nè creditore; quando l'usufrutto si estingue, l'usufruttuario od i suoi aventi causa detengono indebitamente le cose che appartengono al proprietario; se percepiscono interessi, questi interessi, come tutti i frutti, appartengono al proprietario; se non ne percepiscono, impediscono al proprietario di percepirli; gli debbono dunque i danni-interessi. Ciò decide la questione.

Vi è un altro motivo di dubitare, cioè la tradizione. Pothier insegnava che il proprietario non avesse che un semplice diritto di credito contro gli eredi dell'usufruttuario quanto alle somme di denaro comprese nell'usufrutto, e che gli eredi non dovessero gl'interessi che dal giorno della domanda giudiziale (1). L'autorità di Pothier ha trascinato Demolombe; dopo di avere esposte le ragioni decisive che noi abbiamo riprodotte, egli finisce per concludere che il meglio sarebbe di attenersi alla dottrina tradizionale (2). Noi crediamo che l'opinione di Pothier, non ha,

(1) Pothier, *Du douaire*, n. 287.
(2) Demolombe, t. XII, p. 584, n. 637. In senso contrario, Aubry e Rau, t. II, p. 521 e nota 2, e le autorità che citano. Cfr. retro n. 30.

nella specie, valore alcuno. Il grande giureconsulto era imbevuto dei pregiudizi cattolici, per ciò che ha tratto all'interesse; egli lo restringe, lo esclude sistematicamente, come avremo occasione di dimostrare nel corso del nostro lavoro. Questa antipatia per l'interesse ha fatto luogo ad un principio affatto contrario, cioè alla legittimità dell'interesse; bisogna dunque lasciar da parte la tradizione, e decidere la questione secondo il testo e lo spirito delle nuove leggi.

96. Si dovrà fare un'eccezione a questi principii in favore degli eredi dell'usufruttuario che godono d'un capitale compreso nell'usufrutto, in buona fede, vale a dire nella credenza che il loro autore ne fosse proprietario? Lo si ammette generalmente in vista appunto della loro buona fede, e si decide per conseguenza che essi non dovranno gli interessi ne non dal momento in cui la buona fede venga a mancare. Ma a noi sembra che sia questa un'erronea applicazione degli articoli 549 e 550. Gli eredi dell'usufruttuario non hanno titolo alcuno; al contrario il titolo in virtù del quale detengono le cose di cui il loro autore godeva, li obbliga a restituirle. Infatti, essi possono bensì essere in buona fede, ma non hanno la buona fede legale, la quale soltanto dà diritto ai frutti. Non insistiamo su questo punto perchè abbiamo già esaminata la questione altrove (1).

97. Pothier ammette un'altra eccezione al rigor dei principii. Quando l'usufrutto cade sopra una casa d'abitazione, finisce di pieno diritto come qualunque usufrutto; l'usufruttuario od i suoi aventi causa dovrebbero dunque lasciar la casa immediatamente. Ciò è impossibile, poichè ordinariamente l'usufrutto si estingue con la morte dell'usufruttuario; ora, il momento della morte è ignoto, ed il decesso impone dei doveri, fa nascere difficoltà ed imbarazzi, in mezzo a cui non si possono costringere gli eredi a sgombrare casa. Qui può essere invocata la tradizione, ch'è la voce vivente dell'umanità. Ma se l'umanità impone al proprietario di lasciar gli eredi in possesso durante un certo tempo, il diritto, da sua parte, vuole che quelli i quali occupano la casa altrui, la lascino, non appena è possibile, e che paghino un'indennità pel godimento che hanno avuto. Qual'è il termine dopo il quale il proprietario potrà, al bisogno, espellere gli aventi causa dell'usufruttuario? Demolombe cita l'art. 1736 sulla locazione verbale; basta leggere l'articolo per convincersi che non vi è alcuna analogia tra la locazione ed un'occupazione temporanea resa necessaria delle circostanze. Bisogna dire con Pothier che il giudice deciderà; infatti non prevedendo la legge la questione, spetta al magistrato di pronunziare secondo i principii dell'equità sulla quale riposa tutta questa materia. Ma il pro-

---

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 485 e seg. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. II, p. 521, nota 2.

prietario avrà diritto a reclamare un indennizzo? Sì, senza dubbio; gli eredi dell'usufruttuario privano il proprietario del suo godimento, gli debbono quindi la riparazione di questo pregiudizio (1).

98. L'usufruttuario deve restituire le cose di cui aveva il godimento. Qual'è l'estensione di questa obbligazione? a che l'usufruttuario è tenuto quando non restituisce? Noi abbiamo già risposto a queste domande, esponendo i principii sui diritti e le obbligazioni dell'usufruttuario. Egli è lo stesso dei diritti che l'usufruttuario può esercitare contro il nudo proprietario, quando ha fatto riparazioni straordinarie o costruzioni. Quanto alle migliorie egli non ha alcun diritto all'indennità; può soltanto togliere gli ornamenti e gli oggetti mobili che avesse collocato nel fondo. Rimandiamo il lettore alle spiegazioni che sono state date su tutti questi punti (2).

Si sa che la giurisprudenza è rigorosissima verso l'usufruttuario; noi l'abbiamo combattuta in quanto concerne le costruzioni. Vi è tuttavia una questione sulla quale dobbiamo farle plauso per quanto la sua conclusione sia grave. Quando la legge ricusa all'usufruttuario qualunque indennità per le migliorie che avesse fatte, quando la giurisprudenza estende questo rigore alle costruzioni, è perchè supponesi che l'usufruttuario ha goduto dei lavori che ha eseguiti. Ma che decidere se l'usufrutto cessa immediatamente dopo che l'usufruttuario ha fatte le spese? Non vi è da esitare, la legge non distingue, e non è permesso all'interprete d'apportare una modificazione alle norme generali. È un rischio che sta contro l'usufruttuario. Ancorchè l'usufrutto venisse a cessare per un'altra causa, qualunque sia, l'art. 599 deve ricevere la sua applicazione. Il marito dispone un'usufrutto a favore di sua moglie; gli eredi riservatari, usando del diritto che dà loro l'art. 917, rilasciano alla moglie la proprietà della quota disponibile. L'usufrutto cessa allorquando appena è incominciato; nondimeno se l'usufruttuaria ha fatto delle migliorie, non potrà reclamare alcuna indennità. Ciò può essere affatto iniquo, ma l'equità deve tacere in presenza della legge. La Corte di Colmar ha deciso in tal senso: e ciò non ci sembra menomamente dubbio (3).

99. Quando l'usufruttuario ha fatto delle anticipazioni pel nudo proprietario soddisfacendo i pesi che gravano nel contempo sulla nuda proprietà e sull'usufrutto, ha un regresso contro il nudo proprietario, all'epoca dell'estinzione dell'usufrutto. Le sue anticipazioni producono interesse di pieno diritto a partire da questo momento, ovvero il nudo proprietario deve domandare gl'interessi in giudizio? Noi abbiamo detto che l'art. 1153 non è applicabile in materia di diritti reali; bisogna dunque risolvere

---

(1) Pothier, *Du douaire*, n. 268. Demolombe, t. X, p. 584, n. 638 e 639.
(2) I principii sono riassunti in Aubry e Rau, t. II, p. 522 e 523.
(3) Colmar, 18 marzo 1853 (Dalloz, 1853, 2, 131).

la questione secondo i principii che sono particolari all'usufrutto. La Corte di cassazione ha deciso che le anticipazioni fatte nel caso dell'art. 612 producono interesse di pieno diritto (1). Questa massima deve essere estesa alla generalità dei casi; i motivi dati della Corte si applicano a tutte le anticipazioni che l'usufruttuario faccia. Egli sopporta i pesi in ragione del suo godimento e nei limiti di questo; dal momento che il godimento cessa, i pesi ricadono intieramente sul nudo proprietario, tanto per gl'interessi quanto pel capitale. Ciò è vero per quanto si riferisce al regresso che l'usufruttuario ha in riguardo alle riparazioni straordinarie che ha fatte. Vi è tuttavia un motivo di dubbio: la legge dice che queste riparazioni rimangono a carico del proprietario (art. 605). Si potrebbe dunque dire che se l'usufruttuario le fa, ha diritto ad un'indennità a partire dal giorno in cui ha anticipate le spese, e per conseguenza altresì agli interessi. Nell'opinione da noi insegnata relativamente a quest'onere, la tesi può essere sostenuta, poichè se il nudo proprietario è obbligato alle riparazioni straordinarie, l'usufruttuario, facendole, paga un debito di costui. Nell'opinione generale invece, non si considera il nudo proprietario come debitore; se si consente una indennità all'usufruttuario gli è nella sua qualità di gestor di negozii; a questo titolo gli si deve altresì aggiudicare l'interesse delle sue anticipazioni (art. 2201 e 1375). Ma siccome egli ha goduto delle spese fatte durante l'usufrutto, l'equità, fondamento della sua azione, richiede ch'egli abbia diritto agli interessi a partire dall'estinzione dell'usufrutto. Tutto ciò è abbastanza arbitrario, ma l'opinione generale, allontanandosi dal testo dell'art. 605, deve per necessità riuscire all'arbitrio (2).

N. 2. — Effetti dell'estinzione riguardo ai terzi.

100. L'usufruttuario può vendere il suo diritto (art. 595), può ipotecarlo (art. 2118). Se lo vende, il compratore diviene usufruttuario; in questo senso egli esercita tutti i diritti del suo autore. Questi diritti cessano alla morte dell'usufruttuario; la vendita non ha dunque effetto che durante l'usufrutto. Egli è lo stesso della ipoteca; l'art. 2118 dice formalmente che l'usufrutto non può essere ipotecato che pel tempo della sua durata; l'ipoteca costituita sopra un diritto temporaneo è per sua essenza temporanea.

L'applicazione del principio dà luogo a qualche difficoltà. Noi abbiamo or ora esaminata la questione di sapere se la deca-

(1) Sentenza di rigetto del 23 aprile 1860 (Dalloz, 1860, 1, 228), e retro numero 30.

(2) Confronta Aubry e Rau, t. II, p. 522 e nota 7.

denza dell'usufruttuario per l'abuso che egli faccia del godimento porti seco la estinzione dell'ipoteca (n. 86). I medesimi dubbi si presentano nel caso della consolidazione; ma qui vi è un motivo di decidere che ci sembra perentorio. La consolidazione, a parlar propriamente, non mette fine al diritto d'usufrutto, ma solo ne impedisce l'esercizio. Donde segue che l'usufrutto non è estinto che in forza dell'impossibilità in cui si trova l'usufruttuario di esercitarlo, e nei limiti di questa impossibilità. Nulla ciò ha di comune con l'ipoteca; non è impossibile che il creditore ipotecario eserciti il suo diritto sulla cosa che gli è stata data in ipoteca. Invano si direbbe che questa cosa non esiste più, poichè l'usufrutto è estinto: si risponde che la consolidazione non estingue l'usufrutto in modo assoluto: la cosa sussiste riguardo al creditore, sussisterà quindi anche l'ipoteca (1).

Nei casi in cui l'usufrutto è risoluto, revocato od annullato con effetto retroattivo, s'intende da sè che anche l'ipoteca vien meno: è l'applicazione del principio elementare in virtù di cui i diritti consentiti da un proprietario cadono col cessar del diritto del costituente.

101. Che avverrà delle locazioni consentite dall'usufruttuario? Noi non intendiamo parlare delle locazioni fatte nei limiti tracciati dalla legge; esse sussistono dopo l'estinzione dell'usufrutto. Se l'usufruttuario ha violata la legge, la locazione da lui consentita non vincolerà il nudo proprietario. È fatta eccezione a questo principio, nell'ipotesi della consolidazione o della decadenza per causa d'abuso. Quanto alla consolidazione, bisogna applicare il principio che noi abbiamo stabilito; essa non ha nessun effetto riguardo ai terzi, lascia dunque sussistere tanto la locazione quanto l'ipoteca. In caso di abuso, la locazione sussiste egualmente, poichè la decadenza non ha effetto retroattivo; dunque tutti gli atti fatti dall'usufruttuario sussistono; ora, egli aveva il diritto di dare in locazione senza alcun limite, durante il suo godimento; l'abuso che fa del suo godimento non può togliere all'affittuario un diritto che gli deriva dalla sua locazione. Invano si vorrebbe assimilare l'affittuario ad un creditore e concedergli solo il diritto d'intervento in causa; la questione è diversa per l'affittuario e per creditori. Per l'affittuario, si tratta di sapere se l'usufruttuario aveva il diritto di consentire la locazione, e se questo diritto deve quindi essere conservato. Quanto ai creditori, il loro diritto scaturisce dall'articolo 1166; esso è estraneo agli atti legittimamente compiuti dall'usufruttuario (2).

---

(1) Demolombe, t. X, p. 743, n. 747 e 748. Vedi le diverse opinioni in Dalloz, alla parola *Privilèges et Hypothèques*, n. 803 e seg.

(2) Demante, t. II, p. 546, n. 462 *bis* II. Demolombe, t. X, p. 706, n. 749.

CAPITOLO II.

DELL'USO E DELL'ABITAZIONE.

§ I. — *Nozioni generali.*

102. L'uso, com'è regolato dal codice Napoleone, nulla ha di comune col diritto che porta il medesimo nome presso i Romani; gli autori del codice l'hanno derivato dalla tradizione francese. Domat formula con la sua abituale limpidezza i principii dell'antico diritto: « L'uso è distinto dall'usufrutto in ciò, che l'usufrutto è il diritto di godere di tutti i frutti e redditi che può produrre il fondo che vi è soggetto, mentre l'uso non consiste che nel diritto di prendere sui frutti del fondo la porzione che l'usuario può consumarne, in relazione ai suoi bisogni personali, o secondo le norme portate dal suo titolo; l'eccedenza appartiene al proprietario del fondo » (1). Il codice ha riprodotto questo principio (art. 630). Si può dunque dire che l'uso è un usufrutto limitato ai bisogni dell'usuario, vale a dire un vero usufrutto, salvo l'estensione (2). Infatti, il codice civile assimila interamente l'uso e l'usufrutto. Essi si costituiscono e si perdono nello stesso modo (art. 625). L'usuario deve, come l'usufruttuario, prestar cauzione, compilare gli stati descrittivi e redigere l'inventario (art. 626). Egli è tenuto a godere da buon padre di famiglia (art. 627), ed è assoggettato alle spese di coltivazione, alle riparazioni ordinarie ed al pagamento della contribuzioni, come l'usufruttuario (art. 655). Non vi è differenza fra i due diritti che in quanto concerne la loro estensione: l'usufruttuario ha il diritto di godere di tutti i frutti indistintamente (art. 582), mentre l'usuario non può richiedere che quanto sia necessario pei suoi bisogni e per quelli della sua famiglia (art. 630). Da ciò derivano altre differenze tra l'uso e l'usufrutto, che noi verremo esponendo.

---

(1) Domat, *Lois civiles*, lib. I, tit. XI, sez. II, art. I.
(2) Sono le espressioni di Demolombe, t. X, p. 713, n. 752.

Quanto all'abitazione, Domat insegnava: « che essa è per le case ciò che l'uso per gli altri fondi » (1). Il che significa non esservi se non una differenza di nome fra i due diritti, almeno quando l'uso ha per obbietto degli immobili. L'abitazione è necessariamente un diritto immobiliare, mentre l'uso può essere tanto mobiliare quanto immobiliare. Del resto le disposizioni del codice relative all'abitazione non fanno che riprodurre i principii stabiliti per l'uso (articoli 632-634). Il legislatore francese ha dunque torto di distinguere questi due diritti. Noi parleremo soltanto dell'uso; ciò che ne diremo si applica egualmente all'abitazione; non vi è da mutare che il nome.

103. L'uso è dunque un diritto reale. È questa la qualità che lo distingue da un diritto col quale ha del resto una grande analogia quanto allo scopo, il credito alimentare. Ordinariamente il diritto d'uso è un atto di beneficenza; esso è costituito per assicurare dei mezzi di sussistenza ad un parente, ad un amico; ecco perchè è limitato ai bisogni dell'usuario. Anche il legato o la donazione degli alimenti ha il medesimo scopo. Ma i due diritti differiscono essenzialmente, quanto ai principii che li regolano: l'uso è un diritto reale, mentre la donazione od il legato di alimenti non conferiscono al donatario od al legatario che un credito contro il debitore degli alimenti. Bisogna dunque guardarsi dall'applicare, come si fa talvolta, all'uso le regole concernenti gli alimenti: con ciò si confonde un diritto reale con un diritto di obbligazione. Gli alimenti sono sempre un diritto mobiliare, avendo per obbietto una cosa mobile; l'uso, al contrario, è quasi sempre immobiliare, essendo il più delle volte costituito sopra immobili. Donde segue che il diritto d'uso deve essere trascritto per avere effetto riguardo ai terzi, siccome tutti gli atti traslativi di diritti reali immobiliari (Legge ipotecaria belga, art. 1). Al contrario non può farsi questione di trascrivere l'atto che accorda una pensione alimentare, ancorchè il credito fosse garantito con ipoteca.

L'uso è una servitù personale come l'usufrutto; gli si può applicare la definizione che il codice dà dell'usufrutto: esso è il diritto di godere delle cose delle quali un altro ha la proprietà. Questa servitù è personale, poichè l'onere che grava il fondo serviente è costituito a vantaggio d'una persona e non di un fondo. L'uso è una servitù più personale ancora dell'usufrutto, essendo limitata ai bisogni dell'usuario; a tal punto che egli non ha facoltà di locare o di cedere ad altri il suo diritto (art. 631 e 634), come può fare invece l'usufruttuario. Ritorneremo più avanti su questa differenza.

---

(1) Gary, l'oratore del Tribunato, riproduce questa proposizione. « L'abitazione, egli dice, altro non è che l'uso d'una casa. Tutte le regole relative all'uso sono dunque applicabili all'abitazione.

L'uso può essere altresì una servitù reale; ne vedremo degli esempii al titolo delle *Servitù.* Vi è una grande differenza tra l'uso servitù personale e l'uso servitù reale; il primo si estingue colla morte dell'usuario, l'altro è perpetuo siccome qualunque servitù. Va da sè che quando l'uso è una servitù reale, occorre che l'usuario possegga un fondo a cui vantaggio l'uso è stabilito, poichè non havvi servitù senza un fondo dominante. Quando l'uso è una servitù personale, esso è dovuto alla persona, senza che questa abbia bisogno d'un fondo cui il diritto sia inerente (1).

104. Vi è un diritto d'uso affatto particolare: a termini dell'art. 636 « l'uso dei boschi e delle foreste è regolato da leggi speciali » (2). Quest'uso consiste ordinariamente nel diritto concesso agli abitanti di un comune di prendere in una foresta le legna necessarie per ardere, talvolta anche quella che può occorrere per la confezione dei loro strumenti agricoli, o per la costruzione e le riparazioni di una casa. L'uso attribuisce ancora agli abitanti il diritto di introdurre nella foresta un certo numero di porci perchè vi si nutriscano di ghiande e di faggiuola; gli è ciò che dicesi il *panage.*

Infine gli usuari hanno anche il diritto di pascolo, vale a dire il diritto di far pascolare in una foresta un certo numero di cavalli o di bestie *cornute,* bovi, vacche e vitelli, ad esclusione delle capre e delle altre bestie da lana. Questi diritti d'uso nei boschi e nelle foreste risalgono al medio evo; per popolare i loro dominii, i signori accordarono agli abitanti taluni speciali vantaggi, taluni diritti che provvedevano ad una parte dei loro bisogni, l'alloggio ed il riscaldamento : era piuttosto necessità che beneficenza, ovvero prudente politica, poichè i disgraziati servi non avevano guari che lo stretto necessario per vivere. I diritti d'uso nei boschi e nelle foreste sono una servitù onerosissima per i proprietari ed una sorgente inestinguibile di conflitti e di liti. Per mettervi fine, la legge accorda ai proprietari il diritto di *accantonamento,* ciò che permette loro di convertire il diritto d'uso in quello della proprietà sovra una determinata porzione del fondo usuario. Questa materia è regolata dal codice forestale, cui noi rinviamo, non entrando le leggi speciali nei limiti del nostro lavoro (3).

§ II. — *Come si costituisca il diritto d'uso.*

105. L'art. 625 dice che i diritti d'uso e d'abitazione si costituiscono nella medesima guisa che l'usufrutto. Ciò che abbiamo

---

(1) DURANTON, *Cours de droit français,* t. V, p. 49, n. 23.
(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 163, n. 243.
(3) L'ultima legge è quella del 19 dicembre 1854.

detto intorno alla costituzione dell'usufrutto si applica dunque al diritto d'uso. Vi ha tuttavia una differenza. A termini dell'articolo 579, l'usufrutto è costituito dalla legge o dalla volontà dell'uomo. Abbiamo l'usufrutto legale: esiste pure un uso stabilito dalla legge? Lasciamo da parte i diritti d'uso nei boschi e nelle foreste, che traggono la loro prima origine dalle consuetudini. Si domanda se il codice civile stabilisca un uso legale come stabilisce un usufrutto legale. Vi sono autori i quali pretendono che gli articoli 1465 e 1570 consacrino questa forma dell'uso. La donna maritata sotto il regime della comunione dei beni ha diritto, quando la comunione è sciolta per la morte del marito, di prendere gli alimenti sulla massa della comunione durante il termine di tre mesi e quaranta giorni che le è accordato per fare inventario e deliberare. L'articolo 1465 aggiunge ch'essa non può essere obbligata al pagamento di alcuna pigione per aver abitato, durante questi termini, in una casa di spettanza della comunione od appartenente agli eredi del marito. Se la casa che abitavano i coniugi al tempo dello scioglimento della comunione era da essi posseduta a titolo di affitto, la moglie non dovrà neppure, per l'anzidetto periodo di tempo, alcuna somma per la pigione, ma questa dovrà prelevarsi dalla massa. Abbiamo trascritto l'articolo, poichè basta leggerlo per convincersi che la legge non stabilisce a favore della vedova una servitù di uso. Essa accorda alla vedova due diritti. Anzitutto un diritto agli alimenti. È questo un credito alimentare, ben diverso, come abbiamo detto, da un diritto reale. I termini dell'articolo lo provano; la vedova prende i suoi alimenti sulle provviste esistenti, e, in mancanza, facendo un *prestito* per conto della massa comune. Occorre domandare se un prestito è un diritto reale? Ora, il prestito è considerato alla stessa stregua del diritto di prendere gli alimenti in natura sulle provviste esistenti: dunque entrambe le vie per procurare gli alimenti alla vedova sono un credito. Ciò non è affatto contestato. Forse che l'abitazione dal codice accordata alla vedova avrebbe i caratteri di un diritto reale? Vi è un caso in cui la negativa è evidente. I coniugi occuparono una casa a titolo di inquilini; in che consiste allora il diritto della vedova?

Essa non contribuirà al pagamento della pigione, dice l'art. 1465; come vi sarebbe un diritto reale là dove tutto è diritto di credito? Se la vedova occupa una casa dipendente dalla comunione od appartenente agli eredi, quale sarà il diritto di lei? Essa non deve alcuna *pigione,* dice il testo. Ecco ancora una volta un'espressione che indica un diritto di credito: la vedova è affittuaria, senza che sia tenuta a pagare una pigione. Del resto, nell'articolo 1465 non vi è una parola che possa far supporre essere la vedova tenuta alle obbligazioni ed agli oneri dell'usuario. È dunque un semplice credito alimentare che la legge le accorda durante alcuni mesi.

Lo stesso è a dirsi del diritto che la legge conferisce alla vedova ch'era maritata sotto il regime dotale. A termini dell'articolo 1570, essa ha la scelta d'esigere gl'interessi della sua dote durante l'anno di lutto, ovvero di farsi fornire gli alimenti per questo stesso periodo a spese della eredità del marito. Qualunque sia la sua scelta, essa ha diritto all'abitazione ed agli abiti di lutto; è l'eredità che sopporta le spese, senza imputarle agli interessi che le sono dovuti. Non è mestieri di dire che gli interessi della dote sono un credito puramente personale. Ebbene, la legge considera alla stessa stregua gli alimenti che l'eredità del marito deve fornire alla sua vedova: ecco incontestabilmente un credito alimentare. Forse che l'abitazione che gli eredi del marito debbono alla moglie sarebbe un diritto reale? La legge, ancora una volta, considera alla stessa stregua l'abitazione e gli abiti di lutto; e gli abiti di lutto non danno certo origine ad un diritto reale. Del resto nè l'art. 1570 nè l'art. 1465 fanno la minima allusione alle obbligazioni ed agli oneri che incomberebbero alla vedova se fosse usuaria. Il solo scopo che il legislatore si è prefisso in entrambi i casi, è stato quello di assicurare l'esistenza alla vedova; per raggiungere questo scopo, un semplice credito, senza alcun onere, senza obbligazioni era di certo preferibile ad un diritto reale i cui beneficii potrebbero essere assorbiti dai pesi. La questione è tuttavia controversa. Si obbietta che l'art. 625 combinato coll'art. 579 porta alla conseguenza che deve esistere un uso legale; ora, gli articoli 1570 e 1465 sono i soli che stabiliscano un uso od un'abitazione. Tale argomento sembra decisivo. Noi rispondiamo che l'articolo 625 suppone solamente che possa esservi un uso legale, ma una supposizione non è una legge. Non vi è uso legale senza legge; ora, non vi è legge che stabilisca un uso a titolo di diritto reale. Ciò risolve perfettamente la questione (1).

106. Può l'uso stabilirsi mediante la prescrizione? A rigor di principio, tutte le cose che sono in commercio possono acquistarsi mediante prescrizione: sarebbe quindi necessaria una disposizione espressa che derogasse al diritto comune perchè l'uso non potesse usucapirsi. Ora, eccezione alcuna nella legge non v'ha; al contrario, l'art. 625 implica che l'uso, a somiglianza dell'usufrutto, possa essere stabilito per usucapione. Su questo punto non v'è alcun dubbio. Qualche difficoltà sorge invece circa le condizioni richieste perchè si verifichi l'usucapione. Non vi è prescrizione acquisitiva senza possesso. Se l'usuario possiede, è certo ch'egli prescriverà, secondo il diritto comune, sia mediante l'usucapione di dieci o vent'anni, sia mediante la prescrizione trentennale. Ma *quid juris* se è il

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 431 e nota 1, e le autorità che in diverso senso vi sono citate.

proprietario quegli che possiede e gode fornendo all'usufruttuario i frutti cui egli ha diritto? Forse che colui il quale riceve i frutti possiede? La questione è dubbia per l'usuario: egli non ha il diritto di locare, non possiede dunque mai coll'intermezzo dell'affittuario. Ma non si può dire che il proprietario possiede in nome dell'usuario? E tal possesso non deve profittare a costui? Tale è l'opinione di Duvergier e di Demolombe, che è la vera, a parer nostro (1).

107. Abbiamo detto che l'usufrutto è un diritto essenzialmente vitalizio, che si estingue necessariamente colla morte dell'usufruttuario, o dopo trent'anni, quando è stabilito in favore di una persona morale (n. 51, 53). È egli lo stesso dell'uso? A rigor di principio, bisognerebbe rispondere negativamente. Infatti, l'usuario, almeno in via generale, non acquista tutti i frutti del fondo, ma soltanto quelli che gli occorrono pei suoi bisogni e per quelli della sua famiglia. Non esiste dunque per l'uso il motivo che vieta la sostituzione in perpetuo dell'usufrutto; la proprietà non diverrebbe inutile per essere gravata d'un diritto d'uso. Lo prova l'uso dei boschi e delle foreste, il quale è perpetuo, senza che possa dirsi che il diritto di proprietà sia posto nel nulla. Ma l'applicazione del principio non è scevra da difficoltà. Supponiamo anzitutto che l'uso sia costituito a titolo gratuito; sarà questo il caso più frequente, presupponendo esso ordinariamente un atto di beneficenza: il donatario od il legatario dovrà essere concepito al momento del contratto od all'epoca della morte del testatore; non si potrebbe dunque costituire l'uso a favore dell'usuario e di tutti i suoi discendenti. Rimane l'ipotesi della costituzione a titolo oneroso. Si potrà per convenzione stipulare il diritto d'uso per l'usuario ed i suoi eredi in perpetuo? A termini dell'art. 1122 si presume che ciascuno abbia stipulato per sè e per gli eredi. Noi abbiamo insegnato che questa disposizione non poteva essere invocata in materia d'usufrutto, perchè l'usufrutto non è trasmissibile agli eredi (2). Se si ammette che l'uso è trasmissibile, nulla impedisce di stipularlo in favore dell'usuario e dei suoi discendenti. Occorrerà una clausola espressa, poichè per diritto comune l'uso si estingue colla morte dell'usuario. Se l'uso si estendesse a tutti i frutti del fondo, sarebbe un vero usufrutto, e per conseguenza bisognerebbe applicare i principii che abbiamo or ora ricordati (3).

---

(1) Duvergier su Toullier, t. II, p. 199, nota. Demolombe, t. X, p. 72, n, 760. In senso contrario, Aubry e Rau, t. II, p. 531, nota 2, e gli autori che citano.

(2) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 354.

(3) Duranton, t. V, p. 24, n. 14 e p. 46, n. 31. Proudhon, t. VI, p. 55, n. 2795.

§ III. — *Diritti dell'usuario.*

108. L'art. 628 stabilisce anzitutto questo principio: « I diritti di uso e di abitazione sono regolati dal titolo che li stabilisce, e ricevono maggiore o minore estensione a seconda delle disposizioni in esso contenute ». Questa norma è di una grande importanza. Essa non significa solamente che le parti interessate possono derogare alle regole che il codice Napoleone stabilisce sul diritto di uso. Ciò è di diritto tanto per l'uso quanto per l'usufrutto; il legislatore non aveva dunque bisogno di dirlo (1). L'art. 628 ha una portata maggiore. Il codice non ammette servitù personali; esso accorda ai proprietari una libertà quasi illimitata di costituire sui loro fondi quelle servitù che credano convenienti; « purchè, tali servitù non siano imposte a favore della persona » (art. 586). Bisogna tuttavia fare eccezione a questo divieto per le tre servitù che il codice civile conserva: l'usufrutto, l'uso e l'abitazione. E quest'eccezione non è limitata all'usufrutto ed all'uso, così come sono formulati dalla legge; in materia di uso, le parti hanno le medesime amplissime facoltà che l'art. 686 loro accorda in materia di servitù reali. Arriviamo quindi alla conseguenza che dalla proprietà può essere staccata, a titolo di servitù personale, quella qualsiasi forma d'uso che il proprietario ha diritto di fare della cosa che gli appartiene. Ordinariamente i diritti di uso, diversi da quello organizzato dalla legge, diconsi usi *irregolari,* ma l'espressione non è esatta. Infatti, essa sembra dire che si tratti di eccezioni alla regola, mentre è piuttosto questione di applicazione della norma scritta nell'art. 628. In virtù di questo principio noi abbiamo deciso che il diritto di caccia può essere smembrato dalla proprietà, a titolo di diritto d'uso, cioè come servitù personale (2). È vero che questo diritto nulla ha più di comune con l'uso regolato dal capitolo II del titolo dell'*Usufrutto.* Ma l'art. 628 non dice che l'uso che le parti possono costituire debba essere l'uso così come è concepito dal codice, salve le speciali modificazioni; esso dice in termini assoluti che è il titolo che regola il diritto d'uso; è quindi in potere delle parti di smembrare dalla proprietà qualunque specie d'uso per farne una servitù personale.

Questa interpretazione è ammessa generalmente, e non la si discute neppure, quasi fosse un punto fuori affatto di dubbio. Vi è però un serio motivo di ritenere la soluzione non del tutto

---

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii,* n. 354.
(2) Confronta DEMOLOMBE, t. XII, p. 190, n. 687; DUCAURROY BONNIER e ROUSTAIN, p. 226, n. 331.

sicura, ed è che, nell'antico diritto, la parola *uso* aveva un significato preciso, quello di un usufrutto limitato ai bisogni dell'usuario; è di questo diritto che tratta il capitolo II del nostro titolo. Ora, è ben evidente che vi sono usi, come il diritto di caccia, che nulla han di comune con i bisogni dell'usuario. Si potrebbe dunque osservare contro l'opinione generale che essa va oltre la volontà del legislatore. Ciò che ci obbliga ad ammetterla, è che tale teorica si trova in armonia con un principio che domina la materia dei diritti reali. Noi abbiamo insegnato, ed è con noi la giurisprudenza, che i proprietari possono costituire diritti reali diversi da quelli che sono consacrati dal codice Napoleone. La loro libertà non è limitata che dal divieto di creare servitù personali, ma questa limitazione non è assoluta, poichè gli autori del codice hanno conservato le servitù personali più usitate ed hanno concesso alle parti interessate di costituire quei diritti d'uso che loro sembrino convenienti. Di tal guisa si concilia l'articolo 686 col principio che permette al proprietario di disporre della propria cosa nel modo più assoluto. L'interpretazione larghissima che noi diamo all'art. 628 ha pure un fondamento razionale. Il padrone d'un fondo può trarne tutto l'utile, tutto il diletto che è consentito dalla natura della cosa; egli può smembrare altresì questo diritto di usare e di godere, costituendo un usufrutto; può pure stabilire un usufrutto limitato ai bisogni dell'usuario; perchè non potrebbe costituire un uso ancor più ristretto, limitato cioè, al tale o tal altro utile che il fondo procura? Il diritto di caccia è pur compreso nell'usufrutto: perchè non potrebbe formare oggetto di una concessione speciale, nel modo stesso che il proprietario può concedere il diritto di prendere i tali prodotti in un bosco? Dal momento che si ammette che il diritto d'usare può essere staccato dalla proprietà, non vi è più ragione di limitare al proprietario la facoltà di accordare le concessioni che meglio gli convengono. Come egli, costituendo un usufrutto, può fare il più, potrà pur fare il meno concedendo un diritto d'uso qualunque a titolo di diritto reale.

109. Quando il titolo non specifica l'estensione dei diritti d'uso e di abitazione, essi sono regolati secondo le norme del codice civile. Gli articoli 630 e 633 stabiliscono la regola generale: « Chi ha l'uso dei frutti d'un fondo, non può percepire se non ciò che è necessario pei suoi bisogni e per quelli della sua famiglia. Il diritto di abitazione si limita a ciò che occorre per l'abitazione di colui al quale venne accordato un tale diritto, e della sua famiglia ». L'applicazione di questa regola non dà luogo ad alcuna difficoltà per ciò che riguarda il diritto di abitazione. Non è più lo stesso quando l'uso cade sopra un fondo che produce frutti. L'art. 630 può essere inteso in due modi differenti: restrittivamente, nel senso che l'usuario può prendere solo i frutti che gli sono necessari; estensivamente,

nel senso che può far suoi tutti i frutti di cui ha bisogno per vivere, sia consumandoli, sia vendendo quelli che non consuma, al fine di procurarsi altri frutti che gli sono egualmente necessari e che il fondo non produce. È pacifica l'interpretazione della legge nel primo senso, e ciò è conforme al testo ed allo spirito di essa. Il fondo gravato del diritto d'uso è seminato a grano; che dice l'art. 630? L'usuario non può richiedere che la parte di questo grano che è necessaria per i suoi bisogni, vale a dire pel suo consumo. Egli non ha diritto ai frutti che non consuma. Concedergli più di quanto gli occorre per i suoi bisogni è estendere arbitrariamente la disposizione del testo. Questa interpretazione estensiva sarebbe altresì contraria allo spirito della legge. L'uso non è un credito alimentare; lo scopo suo non è di dare all'usuario tutto ciò che gli occorre per vivere. Egli ha un diritto reale, diritto limitato ai frutti del fondo, ed a quella parte dei frutti che è necessaria al suo consumo; il rimanente appartiene al proprietario (1).

110. Il diritto d'uso è stabilito non solamente in vantaggio dell'usuario, ma anche della sua famiglia; l'art. 630 lo dice per l'uso di un fondo e l'art. 633 per l'uso di una casa. Non può distinguersi se la famiglia esisteva al momento della costituzione del diritto d'uso, ovvero se è sopravvenuta posteriormente. L'articolo 632 è formale; esso prescrive che colui il quale ha il diritto d'abitazione in una casa, può abitarvi colla sua famiglia ancorchè non fosse coniugato all'epoca in cui acquistò tale diritto. Ciò che la legge dice dell'abitazione si applica altresì all'uso, poichè i due diritti sono identici. Al medesimo concetto è pure ispirato l'art. 630, che stabilisce che « l'usuario può percepire i frutti anche per i bisogni dei figli che gli sono sopravvenuti dopo la concessione dell'uso » senza distinguere se l'usuario avesse contratto matrimonio all'epoca in cui acquistò questo diritto, oppur no. La legge è basata sull'intenzione del costituente; egli vuol provvedere ai bisogni dell'usuario: or, si direbbe che si soddisfa a tali bisogni quando gli si ricusassero i frutti che sono necessari a sua moglie ed ai suoi figli?

Quale sarà il valore della parola *famiglia?* Trattandosi dei bisogni di prima necessità, bisogna dire che la famiglia comprende tutte le persone che hanno il diritto di sedere alla mensa dell'usuario. Non vi è alcun dubbio relativamente al coniuge ed ai figli, poichè la legge lo dice espressamente (art. 630 e 632). Occorrerà che i figli siano legittimi? La legge non lo esige e noi dobbiamo ben guardarci dall'essere più severi dello stesso legislatore. Qui non si tratta d'una questione di moralità: senza dubbio, non bisogna incoraggiare l'incontinenza, ma non è le-

---

(1) Proudhon, t. VI, p. 31-33, nn. 2770 e 2771. Aubry e Rau, t. II, p. 532. Demolombe, t. X, p. 732, n. 772.

cito neppure di ricusare il pane al figlio sventurato che è debitore della vita alla colpa di suo padre. I domestici sono compresi nella famiglia, se l'usuario è di condizione tale che gli occorra un domestico. Si domanda se l'usuario abbia il diritto di reclamare i frutti per i parenti od affini cui deve gli alimenti. Ci sembra che l'affermativa non sia dubbia, se gli alimenti sono forniti in natura al domicilio dell'usuario; il padre, il suocero, vivono alla mensa dell'usuario, dunque formano parte della famiglia. Non sarà uguale il motivo di decidere se gli alimenti sono forniti sotto forma di pensione? La pensione non tiene forse luogo dei frutti che sarebbero consumati alla mensa dell'usuario? Colui al quale egli deve gli alimenti non ha forse il diritto di sedere alla sua mensa? Senza dubbio, il padre, legalmente, non è nella famiglia del figlio; è il figlio che è nella famiglia del padre. Ma qui non è questione di diritto, bensì di umanità. Ed anche dal punto di vista dello stretto diritto si può forse ricusare al padre il pane ch'egli avrebbe diritto di prendere alla mensa del proprio figlio? (1).

Rimane a sapere quale sia la portata della parola *bisogni*. È questa sempre una questione di fatto, essendo i bisogni essenzialmente relativi; essi sono maggiori o minori secondo la diversa condizione sociale che crea agli uomini dei bisogni fittizi. L'oratore del Tribunato l'ha detto: « I bisogni sono regolati sulla fortuna e sulle abitudini dell'usuario » (2). I bisogni sono altresì variabili per loro natura; donde segue che, a differenza del diritto dell'usufruttuario ch'è sempre il medesimo, in quanto egli fa suoi tutti i frutti, l'usuario ne prende più o meno, secondo che la sua famiglia ed i suoi bisogni aumentano o diminuiscono. Sotto questo rapporto, il diritto d'uso rassomiglia al credito alimentare, di cui agli articoli 205-211.

111. Spetta all'usuario il diritto di godere personalmente come l'usufruttuario? ovvero è il proprietario che gode, che percepisce i frutti e rimette all'usuario ciò che gli occorre pei suoi bisogni e per quelli della sua famiglia? La questione è controversa ed i testi lasciano qualche dubbio. Vi hanno disposizioni che non si spiegano senza il diritto di godimento. L'articolo 626 dice che l'usuario non può *godere* del suo diritto come *nel caso dell'usufrutto* senza che siasi data previamente *cauzione* e si formino gli *stati* ed *inventarii*. A che scopo l'inventario dei mobili e lo stato degli immobili, se l'usuario non può godere, e nulla per conseguenza deve restituire? A che pro la cauzione se l'usuario riceve i frutti dalle mani del proprietario,

(1) Le opinioni degli autori sono scisse su questi punti. Vedi PROUDHON, t. IV. p. 35, n. 2775 e seg. AUBRY e RAU, t. II, p. 532, e note 5 e 9; DEMOLOMBE, t. X p. 737, nn. 776 e seg. GENTY, *De l'usufruit*, p. 283, n. 341; DURANTON, t. V, pagina 29, n. 19.

(2) GENTY, Discorsi, n. 31 (LOCRÈ, t. IV, p. 142); PROUDHON, t. VI, p. 34, numero 2074; DEMOLOMBE, t. X, p. 774, n. 783.

senza possedere nè godere? L'art. 627 dice formalmente che l'usuario e colui che ha un diritto d'abitazione debbono godere da buoni padri di famiglia, dunque godono essi medesimi. Per colui che ha un diritto d'abitazione, la cosa è più che evidente poichè il suo diritto consiste nell'abitare la casa colla sua famiglia, come dice l'art. 632. L'art. 631 proibisce all'usuario di cedere e di locare il suo diritto ad un altro. Ciò prova che egli è in possesso e gode; potrebbe cedere o locare un godimento che non ha? Infine l'articolo 635 assoggetta l'usuario ad oneri che non avrebbero senso se non avesse il possesso del godimento. Egli deve compiere le riparazioni ordinarie; potrebbe essere tenuto a riparare se non gode? (1).

Vi sono altre disposizioni, invece, le quali sembrano decidere che il godimento appartenga al nudo proprietario. In che consiste il diritto dell'usuario? L'articolo 630 dice e ripete ch'egli non può *richiedere* i frutti del fondo se non per quanto sia necessario ai suoi bisogni ed a quelli della sua famiglia. La parola *richiedere* implica una domanda, un'azione; dunque l'usuario deve domandare al nudo proprietario i frutti che gli sono necessarii. Non vuol forse ciò dire in modo chiaro che egli non gode di persona? L'articolo 635, che si cita per l'opinione contraria, si ritorce contro quelli stessi che l'invocano; esso dice che l'usuario soggiace alle spese di coltivazione; ciò include ch'egli deve pagarle al proprietario come deve rimborsarlo dei tributi che questi paga. Può mai dirsi di colui che coltiva nel proprio interesse che egli deve sottostare alle spese di coltura? Se l'usuario godesse, se coltivasse, spetterebbe a lui naturalmente anticipare le spese, e se non deve sopportarle integralmente, avrebbe un'azione di regresso contro il proprietario, mentre invece la legge dà a questo titolo al proprietario un'azione contro l'usuario: prova questa che è il proprietario quello che possiede e gode (2).

Non esitiamo a pronunciarci per la prima opinione, quella che attribuisce all'usuario il diritto di godere. Vi sono intieri articoli di legge i quali non hanno senso se non in quanto si riconosca all'usuario tale diritto; cioè le disposizioni degli articoli 626, 627 e 631 che abbiamo già esaminati. Per l'opinione contraria, si citano talune espressioni, che possono benissimo spiegarsi in un senso affatto diverso. La parola *richiedere* è sinonimo della parola *percepire* di cui si serve l'articolo 635, e *percepire* non vuol dire *domandare;* non occorre che si *domandi* ciò che si ha il diritto di *raccogliere*. Dunque l'usuario ha un diritto diretto sui frutti, perciò possiede, coltiva e gode. Se l'articolo 635 lo assoggetta alle spese di coltivazione, è per

(1) Vedi in questo senso, AUBRY e RAU, t. II, 534 e nota 13, e gli autori che ivi sono citati.

(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 157, e seg., nn. 235, 237 e 240.

indicare che egli è tenuto ai medesimi oneri che l'usufruttuario quando si tratta di pesi che gravano sui frutti. Ciò che ci sembra decisivo è che l'uso, secondo la tradizione e secondo il codice civile, è un usufrutto limitato ai bisogni dell'usufruttuario; è dunque un diritto di godimento, diritto che l'usuario esercita sulla cosa a simiglianza dell'usufruttuario. L'opinione contraria riduce il diritto reale immobiliare dell'usuario ad un diritto mobiliare, ad un credito di alimenti.

112. La nostra opinione è quasi generalmente accolta, nel caso in cui l'usuario consuma tutti i frutti del fondo. Ma vi è qualche difficoltà quando egli non ne percepisce che una parte e sovratutto quando questa porzione è la meno considerevole. Qui gli autori si dividono. Gli uni pretendono che bisogna lasciare il godimento al proprietario; altri dicono che anche il godimento va diviso; altri infine insegnano che i tribunali debbano decidere a seconda delle circostanze, sia dividendo il godimento, sia lasciandolo al proprietario, col carico di fornire i frutti all'usuario (1). Giusta quanto abbiamo detto or ora, è certo che l'usuario ha il diritto di godere. E quando non assorbe tutti i frutti è altresì certo che il proprietario ha ugualmente il diritto di godere in virtù del suo diritto di proprietà. Vi sono dunque due diritti l'uno di fronte all'altro: bisogna conciliarli e non sacrificare l'uno dei due. Ora, dire che il proprietario avrà il godimento esclusivo è sacrificare il diritto dell'usuario; e lo si sacrifica ancora concedendo ai tribunali la facoltà di privare l'usuario d'un diritto che gli deriva dal suo titolo e dalla legge. Se l'usuario ed il proprietario non giungono ad intendersi, bisognerà pure che il giudice decida la contestazione, ma noi non gli riconosciamo alcun potere discrezionale; egli è di fronte a due diritti ch'è obbligato rispettare; bisogna dunque che divida il godimento tra il proprietario e l'usuario. Questa divisione può presentare qualche inconveniente; spetta alle parti interessate di prevenirli mediante un accordo, e se non s'intendono debbono sopportare le conseguenze del loro fatto.

113. Noi diciamo che l'usuario ha il medesimo diritto di godimento che l'usufruttuario. Vi è tuttavia una notevole differenza. A termini dell'articolo 631, « l'usuario non può cedere nè locare il suo diritto », mentre « l'usufruttuario può godere egli stesso o dare in affitto ad altri, o vendere, o cedere l'esercizio dei suoi diritti a titolo gratuito » (art. 596). È difficile spiegare razionalmente una simile differenza fra due diritti sostanzialmente identici. Si sostiene che siccome il diritto d'uso ha lo scopo di assicurare la sussistenza dell'usuario, il miglior mezzo per raggiungere questo obbietto è di vietare all'usuario di trasmettere il suo diritto ad un terzo (2). La ragione non è con-

(1) Vedi gli autori citati da AUBRY e RAU, t. II, p. 534, nota 14.
(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 160, n. 238.

cludente; sarebbe bastato allora proibire la cessione a titolo gratuito; se l'usuario vende, egli riscuote il prezzo e può impiegarlo pei suoi bisogni. Vi è un diritto che partecipa, come questo, del credito alimentare, cioè la rendita vitalizia; tuttavia il creditore può cederla. Si permette all'usuario di alienare i frutti; perchè proibirgli di vendere il diritto che produce tali frutti? Domat porge un'altra ragione: « Se, egli dice, il diritto d'uso potesse trasmettersi ad un altro, potrebbe riuscire più oneroso o più incomodo al proprietario » (1). Più oneroso no, poichè s'intende da sè che il cessionario non avrebbe diritto ai frutti che nei limiti dei bisogni del cedente. Vi sarebbero imbarazzi, perchè i bisogni dell'usuario variano ciascun anno; ma gl'imbarazzi non sono una ragione per mettere un diritto fuori commercio. Forse è stata l'influenza della tradizione che ha trascinato il legislatore; il diritto d'uso non era trasmissibile secondo il diritto romano, ma il diritto d'uso non è più oggidì ciò che era a Roma (2).

114. Se l'usuario vendesse il suo diritto, quale sarebbe l'effetto della vendita? Bisogna ritenere che la vendita sarebbe nulla, ed anche di nullità assoluta, poichè la legge mette il diritto d'uso fuori commercio; di guisa che tutte le parti interessate potrebbero invocare la nullità (3). Donde consegue che i creditori dell'usuario non possono esecutare il diritto d'uso, perchè l'esecuzione condurrebbe alla vendita, ed il codice dice che l'usuario non può cedere il suo diritto ad un altro. Quando l'uso è costituito a titolo gratuito, ciò non presenta difficoltà, poichè la legge ha sopratutto di mira questa forma d'uso quando dichiara che questo diritto non può essere ceduto. Vi è qualche difficoltà quando l'uso è costituito a titolo oneroso. In generale nessuno può sottrarre i suoi beni all'azione dei suoi creditori, costituendo questi la loro garanzia; il proprietario non può dunque fare alcuna convenzione che renda insequestrabili i suoi beni; nella specie si fa eccezione a questo principio per la particolare natura del diritto d'uso; dichiarando la legge in modo assoluto che l'usuario non può vendere, non si concepisce come i creditori potrebbero procedere esecutivamente sui beni gravati dall'uso (4).

Una sentenza della Corte di Aix ha ammessa un'eccezione a questo principio, in favore del proprietario che fosse creditore dell'usuario. La Corte si fonda sul motivo che ha inspirata la intrasmissibilità del diritto d'uso. Essa dice che se l'usuario non può cedere il suo diritto gli è unicamente in vantaggio del

(1) DOMAT, *Lois civiles*, libro I, t. XI, sez. IV, art. 4.
(2) MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 744 nota.
(3) Confronta DEMOLOMBE, t. X, p. 749. n. 788.
(4) Questa è l'opinione generale. Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. II, p. 533, nota 10.

proprietario e conchiude che non si può opporre a quest'ultimo una disposizizione che è stata introdotta soltanto in suo favore (1). Ma ciò è assai dubbio. Abbiamo già detto che è molto difficile di precisare i veri motivi dell'articolo 631 ; bisogna adunque lasciar da parte lo spirito per attenersi al testo della legge; ora, l'articolo 631 è assoluto, e lo è ancor più l'articolo 634, il quale prescrive che « il diritto di abitazione non può essere ceduto nè locato » (2).

Un'altra conseguenza deriva dal principio stabilito negli articoli 631 e 634, cioè che il diritto d'uso non può essere ipotecato. La garanzia del creditore ipotecario consiste nel diritto ch'egli ha di far vendere la cosa ipotecata, per essere pagato a preferenza degli altri creditori. Non si può dunque concepire ipoteca sopra una cosa che non può essere venduta (3).

115. Potrà il titolo costitutivo dell'uso derogare a questi principii? Vi è qualche dubbio. Si potrebbe dire che il diritto d'uso, così com'è formulato dal codice, è inerente alla persona dell'usuario, per conseguenza la natura del diritto si oppone a che venga trasmesso. Tuttavia trova maggiore accoglimento, in generale, l'opinione contraria che noi crediamo sia meglio fondata. A dir vero, l'uso non è più personale che l'usufrutto; quantunque sia limitato ai bisogni dell'usuario, si concepisce che il titolo dia all'usuario il diritto di vendere. Se il costituente non ha altri beni che dei vigneti e concede all'usuario il diritto d'uso sopra uno di questi, non è forse razionale che gli permetta di vendere il suo diritto onde meglio l'utilizzi pei suoi bisogni? La vendita gli darà un reddito sicuro, mentre è assai incerto il prodotto del vigneto. Se si ammette che il diritto d'uso possa essere dichiarato trasmissibile la conseguenza sarà che il diritto potrà essere sequestrato ed ipotecato (4). A nostro parere, l'articolo 628 decide la questione; esso permette alle parti interessate di stipulare il diritto d'uso, con quella estensione che meglio lor piace, e non è che nel silenzio del titolo che debbonsi applicare le disposizioni del codice che regolano i diritti dell'usuario (art 629). Dunque l'articolo 631, che proibisce di cedere il diritto di uso non è che una disposizione fondata sull'intenzione presunta delle parti contraenti, il che prova che esse vi possono derogare.

Si dovrà ammettere un'altra eccezione pel caso che l'usuario percepisca tutti i frutti del fondo? Si potrebbe dire che in questa ipotesi l'uso è un vero usufrutto, e che l'usuario deve avere i medesimi diritti dell'usufruttuario. Ma la ragione di decidere sta

---

(1) Aix 4 febbraio 1853 (Dalloz, 1854, 5, 696).
(2) Demolombe, t. X, p. 750, n. 789.
(3) Duranton, t. V, p. 33, n. 23.
(4) Vedi le diverse opinioni in Demolombe, t. X, p. 727, n. 768.

nelle disposizioni assolute degli articoli 631 e 634. D'altronde come dice benissimo Demolombe, i diritti dell'usuario sono sempre subordinati ai suoi bisogni; sono dunque sempre variabili; oggi egli percepisce tutti i suoi frutti, domani potrà aver diritto soltanto ad una porzione di essi (1).

116. Si domanda se l'usuario può liberamente disporre dei frutti che egli percepisce nel limite del suo diritto, ovvero se è obbligato a consumarli sopra luogo. Noi non comprendiamo come sia insorto un dubbio su questo punto. I diritti dell'usuario sono quelli dell'usufruttuario, salvo l'estensione; egli dunque fa suoi i frutti col percepirli. Ogni proprietario può disporre di ciò che gli appartiene, a meno che la legge non ponga i beni fuori commercio. Ora gli articoli 631 e 634 ben dicono che il diritto d'uso non può esser ceduto, ma non affermano già che l'usuario non possa disporre dei frutti come meglio crede. D'altronde sarebbe contrario alla ragione il vincolare a tal segno la libertà dell'usuario. Si vuole assicurare la sua sussistenza vietandogli di disporre dei frutti. Guardiamoci che a forza di voler garentire la sua sussistenza non la si comprometta. L'usuario ha il diritto di prendere in una foresta le legna che gli sono necessarie; se l'inverno è poco rigido, e l'usuario abbia altri bisogni pressanti, gli si proibirà forse di vendere quella che gli sopravvanza?

Per la vendita volontaria, la questione non ci sembra dubbia (2). Ma che dire della vendita forzata? Se l'usuario può vendere i frutti, i suoi creditori possono altresì sequestrarli. Quando l'uso è costituito a titolo oneroso, è impossibile di ricusare ai creditori il diritto di sequestrare i frutti: è questo il diritto comune, ed occorrerebbe una disposizione espressa perchè i frutti non fossero sequestrabili. Ma gli autori sono concordi nell'insegnare che nel caso della donazione o del legato d'uso, i creditori non possono procedere esecutivamente sui frutti (3). Essi invocano l'articolo 581, n. 4, del codice di procedura, il quale dichiara insequestrabili le somme e pensioni per alimenti, ancorchè tali non siano dichiarate dal testamento o dall'atto di donazione. Ciò ne sembra assai dubbio. L'articolo 581 parla dei crediti alimentari; ora il diritto d'uso non è un credito, ma un diritto reale. Bisognerebbe che il testatore o il donante avessero dichiarato che l'uso è dato a titolo di alimenti perchè l'articolo 581 fosse applicabile. Senza questa dichiarazione, i frutti percepiti dall'usuario rimangono sotto l'impero del diritto co-

---

(1) DEMOLOMBE, t. X, p. 747, n. 787 e le autorità in senso diverso che egli cita.

(2) Questa è l'opinione generale (AUBRY e RAU, t. II, p. 533, nota 11), salvo il dissenso di DURANTON (t. V, p. 36, n. 25).

(3) DEMANTE, t. II, p. 564, n. 477 *bis*. DEMOLOMBE, t. X, p. 752, n. 790. AUBRY e RAU, t. II, p. 533.

mune. Infatti, quantunque l'uso sia ordinariamente donato o legato in luogo degli alimenti, non vi è legge che l'assimili ad una pensione alimentare; ora, il divieto del sequestro è un'eccezione ai diritti del creditore; e devesi quindi interpretare ristrettivamente.

117. Gli art. 631 e 633 dicono che l'usuario non può dare in locazione il suo diritto. Come dovrà essere inteso questo divieto? È certo che il diritto per sè stesso non può essere locato. Ma la proibizione di locare il diritto importa altresì quella di dare in affitto i beni gravati dall'uso? Questa è l'opinione generale degli autori i quali però fanno eccezione per l'uso di un fondo, nel caso in cui l'usuario fosse nell'impossibilità di coltivarlo egli medesimo, ad esempio per causa d'infermità o di vecchiaia (1). La distinzione è troppo arbitraria. Se realmente esiste il diniego assoluto di dare in locazione, non vediamo con qual diritto gli interpreti vi apporterebbero una eccezione. Ma gli articoli 631 e 633 sono davvero assoluti come si dice? La legge prescrive che il *diritto* non può essere locato nè ceduto; ciò significa che l'usuario non può essere sostituito da una terza persona che eserciti il diritto d'uso in sua vece, sia come compratore, sia come conduttore. In altri termini, il *diritto* è intrasmissibile, a qualunque titolo sia. Diversa è la questione di sapere se una delle cose gravate dal diritto d'uso possa essere data in affitto. Il testo non lo proibisce; in questo caso, non vi è trasmissione del diritto dell'usuario; solamente non potendo o non volendo coltivare egli medesimo i fondi, li dà in affitto; i frutti naturali sono surrogati dai frutti civili, il che è molto più vantaggioso, poichè il diritto ai frutti naturali è un rischio che può verificarsi contro l'usuario, mentre egli invece acquista i frutti civili giorno per giorno, ha un reddito costante sul quale può regolare le proprie spese I motivi per cui la legge gli proibisce di locare o di cedere il suo diritto non ricevono applicazione alla locazione dei fondi gravati dall'uso. Se egli consuma tutti i frutti, la cosa non presenta difficoltà: avviene una semplice trasformazione dei frutti naturali in frutti civili. Se non percepisce che una parte dei frutti, riscuoterà una quota proporzionale dei fitti. Per meglio dire, in questo caso, vi sarà una divisione regolata dalle parti o dal magistrato; ciascuno disporrà a suo talento della porzione di godimento che gli spetta. Noi prevediamo l'obbiezione: si dirà che è una mera sottigliezza distinguere tra la locazione del diritto d'uso e la locazione dei fondi gravati da questo diritto. Ma che importa che la distinzione sia sottile, quando sia, come è infatti, perfettamente giuridica? L'affittuario del diritto d'uso sarebbe un rappresentante dell'usuario: ciò che darebbe luogo alle difficoltà ed agl'imbarazzi avvertiti da Domat. Ma l'af-

---

(1) Proudhon, t. VI, p. 27 e 28, n. 2766.

fittuario di un fondo sottoposto al diritto d'uso nulla ha che fare col diritto dell'usuario; egli paga il suo fitto integralmente all'usuario, ovvero all'usuario ed al nudo proprietario in proporzione del loro godimento, quando questo è diviso.

§ IV. — *Obbligazioni dell'usuario.*

118. L'art. 626 assoggetta l'usuario alle obbligazioni imposte all'usufruttuario prima che entri in godimento: egli deve prestar cauzione, formare l'inventario dei mobili e la descrizione dello stato degli immobili. Secondo la lettera della legge, l'usuario che non prestasse cauzione *preventiva* non potrebbe godere; mentre l'art. 604 dice invece che il ritardo nel prestar cauzione non priva l'usufruttuario dei frutti cui può aver diritto. Ma questa interpretazione sarebbe certamente contraria all'intenzione del legislatore: se l'usufruttuario fa suoi i frutti anche quando sta in cerca della cauzione, a maggior ragione si dirà ciò dell'usuario che povero e senza risorse, troverà assai più difficilmente chi presti la necessaria garanzia. Il testo medesimo si concilia con questa interpretazione favorevole, poichè dice che l'usuario deve prestar cauzione, *come nel caso dell'usufrutto;* la legge assimila dunque completamente l'usuario all'usufruttuario, il che rende applicabile a lui l'art. 604.

Nell'opinione generale, l'usuario non possiede sempre; se riceve i frutti dal proprietario, allora le obbligazioni di fare l'inventario, di redigere gli stati e di prestar cauzione non hanno più ragione di essere. Tutti sono d'accordo su questo punto (1).

119. A termini dell'art. 627, l'usuario e chi ha un diritto di abitazione debbono godere da buoni padri di famiglia. Ogni buon padre di famiglia migliora i fondi di cui gode. Da ciò l'art. 599 trae la conseguenza che l'usufruttuario non ha diritto ad alcuna indennità per le migliorie che avesse fatte. Si applicherà questa disposizione anche all'usuario? Nell'opinione che abbiamo insegnata sul significato della parola *migliorie*, non vi è punto dubbio; non si tratta di costruzioni, ma di abbellimenti delle case o di bonifica dei terreni soggetti all'usufrutto (2). Le stesse ragioni che hanno fatto ricusare all'usufruttuario una ricompensa per questo genere di migliorie esistono anche per l'usuario; si può dunque invocare l'adagio che dove uguali sono i motivi di decidere, uguale deve anche essere la decisione. Vi è d'altronde analogia completa tra l'usufrutto e l'uso: i medesimi diritti, eccetto l'estensione, e le identiche obbligazioni. La

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 532, nota 3.
(2) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 196.

differenza che noi abbiamo menzionata, relativa all'estensione dei due diritti, avrebbe potuto indurre il legislatore a derogare al rigore dei principii a favore dell'usuario, ma siccome egli non l'ha fatto, non rimane all'interprete che di attenersi strettamente alla legge. Noi decideremmo così, anche nell'opinione rigorosa che ricusa all'usufruttuario qualsiasi indennità per le costruzioni: il motivo di analogia è potentissimo e non è in facoltà dell'interprete di creare eccezioni di sorta (1).

120. Per ciò che si riferisce agli oneri propriamente detti, l'art. 635 prescrive: « Se l'usuario raccoglie tutti i frutti del fondo od occupa tutta la casa, soggiace alle spese di coltura, alle riparazioni ordinarie ed al pagamento dei tributi, come l'usufruttuario. Se non percepisce che una parte dei frutti, o non occupa che una parte della casa, contribuisce in proporzione di ciò che gode. » Quale è il valore di quest'ultima disposizione? La difficoltà sta nel sapere se i frutti cui l'usuario ha diritto vanno prelevati sul prodotto lordo o sul prodotto netto. Nella nostra opinione non v'è alcun dubbio. Se l'usuario possiede e coltiva egli stesso, s'intende da sè che per questo godimento diviso egli deve sopportare i medesimi oneri proporzionali che sopporterebbe se godesse tutto il fondo; se gode la terza parte del fondo, sopporterà il terzo dei pesi. Quindi dev'essere lo stesso se riceve i frutti dalle mani del proprietario. Il fondo produce 90 misure di biada, l'usuario ha diritto al terzo; il proprietario gli dà 30 misure; è su queste 30 misure che l'usuario prenderà ciò che occorre per soddisfare il terzo dei pesi. Si obbietta che procedendo in tal modo non rimarranno all'usuario le 30 misure che gli sono necessarie, il che sembra contrario all'articolo 630, a termini del quale egli può richiedere quanti frutti gli occorrano per i suoi bisogni; noi abbiamo supposto che gliene occorrano 30, se sopra questi 30 ne deve prelevare 5 per soddisfare i suoi pesi, non avrà più il numero di misure che la legge ha voluto concedergli. L'obbiezione parte dal presupposto che l'uso non sia diverso dal credito alimentare, cioè che il prodotto del diritto debba essere calcolato in modo che basti sempre al bisogno dell'usuario; donde seguirebbe che se tutti i frutti non bastano, il proprietario dovrebbe supplire ciò che manca. La risposta è semplicissima: in nessuna parte della legge è detto che l'uso tien luogo d'alimenti. Esso è invece un usufrutto limitato ai bisogni dell'usuario. Ora, l'usufruttuario percepisce i frutti, e su questi soddisfa i pesi che li gravano. Lo stesso dev'essere dell'usuario. L'art. 630 non dice ciò che gli si vorrebbe far dire: esso determina i diritti dell'usuario, ed è subito seguito dall'art. 635 che regola i pesi i quali naturalmente

---

(1) Demolombe, t. X p. 769, n. 807. In senso contrario, Proudhon, t. VI p. 45, n. 2789.

vanno a diminuire i diritti. Il codice dice pure che l'usufruttuario gode di tutti i frutti (art. 582), ma questo diritto è singolarmente diminuito dai pesi che in seguito gl'impone (articolo 605 e seguenti), e che possono essere talmente gravosi che si è dovuto permettere all'usufruttuario di rinunciare al suo diritto per liberarsene. Sotto questo rapporto vi è identità tra l'usufrutto e l'uso (1).

Gli autori che professano l'opinione contraria fanno un'eccezione per le sementi; queste si prelevano sulla raccolta, essi dicono, perchè non vi ha raccolta senza deduzione delle sementi impiegate (2). A nostro parere è questa una inconseguenza. Le sementi sono senza dubbio alcuno comprese tra le *spese di coltivazione* di cui parla l'art. 635; si può forse coltivare senza sementi? Quanto all'adagio che s'invoca, esso comprende tutte le spese. Bisognerebbe dunque dire che tutte le spese si prelevano sulla raccolta, il che condurrebbe all'opinione da noi sostenuta. A vero dire, l'adagio delle spese, nulla ha di comune col diritto dell'usuario. È quando vi è luogo a restituzione dei frutti che permettesi a colui che deve restituirli di domandare un'indennità per le spese che ha fatte; ora, nella specie, non si tratta di restituire i frutti, ma di determinare gli oneri che gravano sopra un diritto reale.

121. L'articolo 635 dice che l'usuario deve contribire alle riparazioni ordinarie *in proporzione del suo godimento.* Egli non occupa che un appartamento della casa; quest'appartamento comprende il terzo dell'abitazione; a che egli è tenuto? Fa meraviglia veder sollevata una questione siffatta; occupando il terzo della casa l'usuario deve sopportare il terzo di tutti gli oneri, tanto delle riparazioni ordinarie quanto delle contribuzioni. Egli non potrebbe obbiettare che non gli spettano che le riparazioni relative alle camere da lui effettivamente abitate; sarebbe questa una pretesa in opposizione colla lettera della legge. Egli è lo stesso dell'eccezione che la maggior parte degli autori ammette in ordine alle riparazioni locative osservande che ciascuno degli abitanti della casa deve sopportare quelle che si fanno ai propri appartamenti. La legge avrebbe potuto disporre così, ma non lo ha fatto: essa ignora perfino il nome di riparazioni locative in materia di diritti reali; tanto la parola quanto la cosa non si applicano che alla locazione e l'uso non è una locazione. Atteniamoci dunque alla legge, che è la guida più sicura (3).

---

(1) Questa è l'opinione comune, salvo il dissenso di PROUDHON e di DUCAURROY. Vedi le autorità in AUBRY e RAU, t. II, p. 534 e nota 15.

(2) DEMOLOMBE, t. X, p. 767, n. 802. DEMANTE, t. II, p. 565, n. 479 *bis* II. DURANTON, t. V, p. 56, n. 38.

(3) Confronta PROUDHON, t. VI, p. 85, n. 28 24, e DEMOLOMBE, t. X, p. 759, numero 797.

122. Secondo la lettera della legge va decisa anche la questione se l'usuario debba contribuire ai pesi imposti sulla proprietà finchè dura il suo diritto. L'articolo 635 enumera i pesi che colpiscono l'uso; tale enumerazione non comprende che i pesi ordinarii, quelli che affettano il godimento e che l'art. 608 qualifica carichi annuali. Questa disposizione va intesa in senso restrittivo? non vi si comprendono i pesi di cui all'art. 609? Quando l'usuario raccoglie tutti i frutti del fondo, egli è un vero usufruttuario; non si dovrà da ciò trarre la conseguenza che uguali debbano essere anche i suoi oneri? Ma il testo della legge non dice questo; esso determina i pesi che gravano l'uso: l'enumerazione non avrebbe senso se non fosse restrittiva. D'altronde qualunque disposizione relativa ad oneri, deve, per la sua stessa natura, interpretarsi restrittivamente. Bisognerà quindi concludere che, su questo punto, il codice deroga al principio d'analogia da esso seguìto in materia d'uso (1).

123. L'usuario contribuirà al pagamento dei debiti? Anche qui la questione è decisa dal silenzio del codice; l'art. 635 non parla dei debiti, e con ragione. A primo aspetto, si sarebbe tentati di dire con Demolombe che se l'uso è stabilito a titolo universale, l'usuario dev'essere assimilato all'usufruttuario. Ma, come osserva benissimo Duranton, è impossibile che l'uso sia costituito a titolo universale. Invano il testatore direbbe ch'egli lega l'uso di tutti i suoi beni, il legatario sarebbe nondimeno un successore a titolo particolare, non già perchè egli abbia soltanto uno smembramento della proprietà, ma perchè per la natura stessa del suo diritto, il suo titolo è necessariamente un titolo particolare. Infatti, il suo diritto essendo limitato ai suoi bisogni, egli non potrà mai aver diritto ad una universalità, ma solo agli oggetti particolari necessarii alla sua esistenza; è dunque sempre legatario a titolo particolare e, come tale, non contribuisce ai debiti (2).

§ V. — *Estinzione dell'uso.*

124. L'articolo 625 dice che i diritti d'uso e di abitazione si estinguono nel modo stesso che l'usufrutto. Vi sono però talune differenze che derivano dalla speciale natura del diritto d'uso. L'usufrutto si estingue necessariamente alla morte dell'usufruttuario; mentre l'uso, come abbiamo detto, può essere stipulato per l'usuario ed i suoi eredi (n. 107). Per la medesima ragione

---

(1) Quest'è l'opinione di Toullier, ma essa è rimasta isolata. Vedi Demolombe t. X, p. 760, n. 798.

(2) Duranton, t. V, p. 22, n. 4. In senso contrario, Demolombe, t. X, p. 758 n. 795.

l'uso accordato ad una persona civile può oltrepassare il termine di trent'anni che l'art. 619 stabilisce in materia d'usufrutto; così avviene che siano perpetui i diritti d'uso che i Comuni esercitano nei boschi e nelle foreste. Un'altra differenza vi è ancora fra l'uso e l'usufrutto. I creditori dell'usufruttuario possono domandare la nullità della rinuncia ch'egli avesse fatta in loro pregiudizio (art. 622) ed hanno il diritto d'intervenire quando il nudo proprietario domanda la decadenza dell'usufruttuario per l'abuso che questi faccia del godimento (art. 618). Tali disposizioni non possono ricevere applicazione in materia d'uso, poichè questo diritto non è la garanzia dei creditori. Così da parecchi autori (1), viene insegnato, ma noi facciamo le nostre riserve sull'ultimo punto. È vero che i creditori non possono esecutare il diritto d'uso, ma possono però oppignorare i frutti; hanno dunque interesse ad impedire la decadenza dell'usuario, e per conseguenza avranno diritto d'intervenire nell'istanza.

---

(1) Proudhon, t. VI, p. 57, n. 2795; p. 89, n. 2829. Demolombe, t. X, p. 723, n. 764.

TITOLO IV.

Delle servitù o servizii prediali (1)

CAPITOLO I.

NOZIONI GENERALI.

§ I. — *Che cosa è una servitù?*

125. Gli articoli 637 e 638 definiscono la servitù in questi termini: « La servitù consiste nel peso imposto sovra un fondo per l'uso e l'utilità di un fondo appartenente ad un altro proprietario ». « La servitù non induce alcun diritto di preminenza di un fondo sopra l'altro ». Egli è perchè il carico è imposto ad un fondo che assume il nome di servitù, denominazione presa per analogia dalle relazioni di dipendenza che assoggettano una persona ad un'altra. Qui è un fondo ch'è soggetto ad un altro nel senso che il proprietario del primo è tenuto a soffrire od a non fare qualche cosa nell'interesse dell'altro fondo. Così quegli il cui fondo è soggetto ad un diritto di passaggio deve sopportare il disturbo di tale passaggio. Perciò la libertà dell'immobile gravato di un simile carico è diminuita; così si esprimono i giureconsulti romani con linguaggio metaforicamente esattissimo (2). La proprietà è un diritto assoluto ed esclusivo; nessuno, all'infuori del padrone, può entrare nel fondo; se dunque un altro che non sia il proprietario ha questa facoltà, il fondo non gode più della integrità del suo diritto, non è più libero; e questa diminuzione di libertà profitta ad un altro fondo, nel

(1) Lelaure, *Traité des servitudes réelles*, 1 vol. in-4.° (Caen, 1870). Solon, *Traité des servitudes réelles*, 1 vol. in-8.° (Paris 1837). Pardessus, *Traité des servitudes*, 8.ª edizione, 2 vol. in-8.° (Paris 1838). Sul diritto romano, Elvers, *Römische Servitutenlehre*, 1 vol. in-8 (Marburg 1856).

(2) L. 90, D., *De verb. sign.*, (L. 16). Confronta Domat, *Lois civiles*, lib. I, tit. XII, sez. I, art. 2.

cui interesse è stata stipulata; dunque un fondo serve ad un altro fondo: donde il nome di servitù. Il titolo aggiunge « o *servizii prediali* ». Questa espressione trovasi già nell'articolo 562 (1), il primo che faccia menzione delle servitù. La parola servitù è così odiosa, che facilmente comprendesi come i legislatori d'un popolo libero abbiano provata qualche ripugnanza a servirsene. Ma è più semplice di quella di *servizii prediali*, è consacrata dall'uso, e bentosto non si potrà più confonderla con la schiavitù delle persone, giacchè i discendenti nostri, assai più fortunati dei loro padri, non conosceranno la schiavitù che dalla storia delle miserie umane.

126. I giureconsulti romani, che vivevano in mezzo agli schiavi, non si preoccuparono di stabilire la differenza che distingue la servitù del diritto civile dalla schiavitù consacrata dal diritto delle genti nell'antichità. Essi si contentano di notare che la servitù non impone alcun obbligo al proprietario del fondo che la deve; egli non è tenuto a fare, essi dicono, ma a soffrire od a non fare (2). Domat aggiunge però che il proprietario del fondo serviente può essere tenuto anche a fare. Anche il codice ammette che il titolo costitutivo d'una servitù possa imporre al proprietario del fondo serviente le spese delle opere che sono necessarie per usarne (art. 698). Ciò non è contrario alla teoria romana; poichè, come diremo in appresso, anche quando il proprietario del fondo serviente deve fare taluni lavori, non vi è tenuto per un vincolo di obbligazione.

Il legislatore francese si è mostrato più geloso della libertà, anche quando parla il linguaggio della servitù; egli ha cura di proibire alle parti interessate di imporre dei servizii alla persona, od in favore della persona, egli non permette di costituire servitù che sovra un fondo ed a favore di un fondo (art. 686). Ciò non vuol dire che l'uomo non possa essere tenuto ad un servigio personale verso un altro uomo; il codice civile consacra la locazione d'opera, ma l'organizza in modo che non attenti minimamente alla libertà; perciò stabilisce il principio che non si possono obbligare i propri servigi che a tempo art. (1780), mentre le servitù sono perpetue per loro natura. Se dunque il venditore stipulasse che il compratore fosse tenuto a talune prestazioni, quest'onere non sarebbe una servitù, ancorchè imposto per procurare qualche utilità ad un fondo; sarebbe una semplice locazione di servigi (3).

Gli autori del codice civile hanno spinto più oltre l'amore per la libertà che la nazione aveva conquistata nell'immortale rivoluzione dell'89. Quantunque da lungo tempo la schiavitù ed anche il servaggio personale fossero scomparsi dalla Francia, il feudalismo aveva lasciate tracce profonde nel diritto privato.

---

(1) Così pure nell'art. 543.
(2) Pomponius, nella L. 15, § 1, D., *De serv.* (VIII, I).
(3) Pardessus, *De servitudes*, t. I, p. 49, n. 19.

In apparenza, non si trattava che di diritti reali spettanti ad un fondo rispetto ad un altro fondo; ma la dipendenza delle terre portava seco la dipendenza di coloro che le possedevano; era questo precisamente il carattere della servitù feudale, cioè che l'asservimento del fondo legavasi all'asservimento della persona. La notte del 4 agosto pose fine per sempre agli abusi del feudalismo; è un beneficio che noi dobbiamo alla Francia, e pel quale essa merita il glorioso nome di grande nazione che le meschine passioni non perverranno a toglierle mai. Il codice civile consacrò le conquiste della Rivoluzione nel campo del diritto privato. Napoleone aveva ragione di andar fiero dell'opera sua; poichè sono le leggi civili più ancora delle leggi politiche quelle che fanno penetrare le idee di libertà nelle abitudini quotidiane di un popolo.

Tal'è l'immensa portata di quelle poche parole scritte nell'articolo 638: « La servitù non determina alcuna preminenza di un fondo sopra l'altro ». Gli oratori del Governo e del Tribunato non hanno mancato di mettere in evidenza questo principio lanciando un'ultima maledizione al regime feudale, il cui ricordo era ancor vivo al principio del secolo XIX. Se oggidì gli uomini ignorano ciò che fu il feudalismo, non dimentichino che senza la rivoluzione dell'89 sarebbero ancora dei servi soggetti a taglie ed a prestazioni senza misura. Noi trascriveremo le parole degli autori del codice: ciò forma la gloria della nostra legislazione civile. Berlier, l'oratore del governo, comincia dal proclamare la *libertà* dei fondi; ma questa libertà è suscettibile di modificazioni, nel senso che un fondo originariamente *franco* può essere *assoggettato* ad un altro fondo. Indi l'oratore si affretta di aggiungere che non si tratta delle preminenze d'un fondo sopra l'altro, che ebbero origine nel regime *per sempre abolito* dei feudi: non si tratta di servigi imposti alla persona ed in favore di una persona, ma solamente ad un fondo e per un fondo. I tribuni parlarono un linguaggio ancor più vivace. Dichiarando che la servitù non stabilisce alcuna preminenza d'un fondo sopra l'altro, dice Albisson, la legge « previene qualunque secondo fine che potesse aver riguardo a quella *disastrosa* gerarchia fondiaria che ha disonorato la legislazione francese sino alla notte memorabile del 4 agosto 1789 ». Gillet parla con ira della mostruosa mole del feudalismo, e lancia nel contempo un grido di trionfo sulla sua soppressione. « Che cosa era infatti il regime feudale, se non l'arte di fare della proprietà fondiaria un istrumento di servaggio? E leggonsi pure negli antichi giureconsulti ampie dissertazioni per dimostrare che i doveri feudali formavano parte delle servitù! Il progetto ha voluto che i servigi prediali non potessero *mai più* offrire un pretesto per riprodurre queste idee *proscritte* per sempre » (1).

---

(1) Berlier, Esposizione dei motivi (Locré, t. IV, p. 178). Albisson, Relazione fatta al Tribunato, n. 3 (Locré, t. IV, p. 185). Gillet, Discorso, n. 5 (Locré, t. IV, p. 193.

Il principio formulato dall'art. 638 è di ordine pubblico, essendo destinato a garentire la libertà delle persone, assicurando la libertà dei fondi. Donde segue che non è permesso ai privati di derogarvi. L'art. 686 riproduce questa sanzione dalle leggi di ordine pubblico, quantunque fosse già scritta nell'art. 6 del codice. Si direbbe che il legislatore tenga a ripetersi in questa materia, affinchè sia ben dimostrato, come diceva l'Assemblea costituente, che il territorio della Francia è libero, come le persone che vi appartengono (1). Perciò qualunque convenzione la quale riproducesse, sotto qualsivoglia apparenza, le servitù feudali, sarebbe nulla, di nullità assoluta, perchè violerebbe la legge fondamentale delle società moderne, la libertà.

§ II. — *Caratteri delle servitù reali.*

N. 1. — Due fondi.

127. Secondo la definizione dell'art. 637, occorrono due fondi perchè vi sia una servitù, un fondo su cui l'onere è imposto ed un fondo per la cui utilità la servitù è costituita. La parola *héritage* (*a*) è un'espressione tradizionale che designa un immobile trasmesso per successione e per conseguenza un immobile in generale; le nostre antiche consuetudini, al pari delle leggi romane, usavano la parola *erede* per indicare il *proprietario* (2). Ma siccome gl'immobili e sopratutto i terreni erano per lo passato la proprietà per eccellenza, la parola *fondo* (*héritage*) fu limitata alla proprietà immobiliare. Nel linguaggio giuridico la voce si è conservata in materia di servitù.

L'immobile che deve la servitù è chiamato il fondo *serviente*; quello cui la servitù è dovuta si chiama il fondo *dominante*. Queste espressioni, usate nella dottrina, non sono precisamente legali; il codice non le adopera mai, anzi l'art. 638 è una specie di protesta contro l'idea d'un fondo *dominante*; la legge adopera solo talvolta le espressioni fondo *soggetto* od *asservito* (art. 695 e 699). Noi ci varremo delle parole tradizionali; esse non presentano più alcun inconveniente oggidì che non conosciamo più gli abusi della dominazione feudale se non attraverso la storia.

---

(1) Legge 28 settembre e 6 ottobre 1791, tit. I, art. 2.

(a) Che noi traduciamo *fondo*.

(2) La consuetudine di LILLA dice: *L'héritier d'une maison ou héritage ne s'enclôt s'il ne veut.* » POTHIER, *Du contrat de société*, n. 234). Le *Instituta* dicono: « *Veteres* HAEREDES *pro* DOMINIS *appellabant.* » (DUVERGIER su TOULLIER, t. II, p. 211, nota *a*).

128. Nulla è più elementare del principio contenuto nell'articolo 637: esso è tuttavia fondamentale. Se la legge accorda la sua sanzione agli atti che creano delle servitù, se permette di smembrare, di menomare un fondo, è per aumentare l'utilità di un altro fondo la cui coltivazione, occupazione ed esercizio vengono migliorati dalla costituzione della servitù. Donde segue che non può essere questione di servitù se non vi è un fondo da migliorare, o quando non si possa staccare un'utilità qualunque da un fondo per farne godere un altro fondo. Ecco un caso che venne portato innanzi alla Corte di cassazione; noi preferiamo attingere gli esempî nella giurisprudenza anzichè cercarli, come si fa abitualmente, nelle leggi romane. Due comuni limitrofi, situati sulla riva del mare, si disputavano il possesso di due rocce che producevano in grandissima abbondanza l'erba conosciuta sotto il nome di *varech:* ciascuno pretendeva un diritto esclusivo alla raccolta di queste erbe. L'uno aveva in suo favore un possesso di molti anni e vi fu mantenuto. L'altro ricorse in Cassazione, e sostenne che il diritto di raccogliere il varech costituiva una servitù discontinua, che per conseguenza questo diritto non poteva essere materia nè di prescrizione (art. 691), nè di possesso. La Corte decise che il diritto di raccogliere il varech sulla riva del mare non costituiva una servitù, poichè non eranvi nè fondo serviente nè fondo dominante, e quindi non poteva applicarsi l'art. 691 (1).

Dal principio che sono necessari due fondi perchè vi sia una servitù, non bisogna concludere che non si possa stipulare una servitù in favore d'una casa che alcuno si proponga di costruire, e che non si possa imporre una servitù sopra una casa che il vicino vuol fabbricare. Nella specie vi sono due immobili, quantunque sotto condizione; la servitù sarà condizionale, e nulla vieta che si possa stabilire una simile servitù, come diremo in appresso (2).

129. Occorrono due immobili. Potrà qualunque immobile essere gravato d'una servitù? e si può costituire una servitù in favore di qualunque immobile? La parola *fondo (héritage)* di cui la legge si serve dev'essere presa nel senso che la tradizione vi ha annesso; ora quest'espressione non ha mai designato altro che i terreni e gli edificî; questi immobili soltanto possono dunque formare l'obbietto d'una servitù. Tale principio è mantenuto dall'art. 687: « Le servitù sono costituite per l'uso degli edificî, o dei terreni ». Donde l'antica divisione delle servitù in *urbane* e *rustiche.* Se ne deduce che le piante attaccate

(1) Sentenza di rigetto del 5 giugno 1839 (DALLOZ, alla parola *Prescription,* numero 182). Confronta PARDESSUS, t. I, p. 32, n. 13.
(2) DURANTON, t. V, p. 487, n. 446.

al suolo naturalmente, e considerate come immobili per loro natura, non sono suscettibili di servitù; molto meno ancora gli oggetti mobili resi immobili per destinazione. Ciò ha pure un fondamento razionale. Le servitù, come la proprietà, sono perpetue nell'intenzione di coloro che le costituiscono. Occorre dunque che tanto gl'immobili servienti quanto quelli dominanti siano permanenti così da rendere possibile la perpetuità: ora, le cose mobili, come le piante, quantunque incorporate al suolo, non hanno che una esistenza temporanea, e sono destinate dalla natura stessa ad esserne distaccate. Quanto ai beni resi immobili per destinazione, non possono formar l'obbietto d'una servitù, poichè cessano di essere immobili al momento che si considerano come staccati dal suolo o da questo distinti. Rimangono i diritti immobiliari; questi sono immobili fittizi, ai quali non si può applicare il concetto di servitù. Donde il vecchio adagio: *Servitus servitutis esse non potest* (1).

La Corte di cassazione ha applicato questi principî in una specie ben singolare, come singolare è la sentenza che venne pronunziata. Una barriera separava due fondi; essa girava sopra un arpione infisso in una quercia che apparteneva al proprietario contiguo. Costui abbattè l'albero; fu citato in possessorio. L'azione fu respinta per la ragione che il proprietario dell'albero può abbatterlo a suo piacimento; che quando anche un albero potesse formare oggetto d'una servitù, questo diritto cesserebbe d'esistere al momento in cui l'albero fosse abbattuto, e che il proprietario non potrebbe essere tenuto a sostituirlo, estinguendosi le servitù quando le cose si trovano in tale stato da non poterne più usare. Prodotto ricorso, la Corte decise: « che trattavasi d'una servitù che non si era provato esser stata costituita per convenzione, servitù essenzialmente peritura con l'oggetto, che la mano degli uomini non potrebbe riparare nè perpetuare » (2). La Corte ammette che vi è servitù, il che è contrario all'articolo 686, il quale non riconosce altra servitù oltre quelle concernenti gli edificî ed i terreni. Si potrebbe obbiettare che, nella specie, la servitù era costituita per l'uso di un terreno, che si era dunque nei termini della legge. Noi rispondiamo che se attivamente la parola fondo significa un terreno od un edificio, deve avere il medesimo significato nel senso passivo; occorre un fondo serviente, come occorre un fondo dominante; ora, un albero non è un fondo.

130. Occorre che gl'immobili siano in commercio? A primo aspetto, si sarebbe tentati di affermare che la questione non può essere neppure sollevata. Gl'immobili che sono fuori di com-

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 69, nota 1, e le autorità che vi sono citate.

(2) Sentenza di rigetto del 6 aprile 1841 (DALLOZ, alla parola *Action possessoire*, n. 436).

mercio non possono essere venduti (art. 1598); ora, la costituzione di una servitù è una alienazione parziale. Ciò sembra decisivo ed in teoria è incontestabile. Ma l'applicazione del principio solleva grandi difficoltà. Vi sono immobili che, per loro natura, si trovano in commercio, e che vennero dichiarati inalienabili dalla speciale destinazione che lo Stato o il comune hanno loro attribuito. Tali sono specialmente le strade e le vie che l'articolo 538 dichiara spettanza del pubblico demanio, non essendo suscettibili d'una privata proprietà. Egli è lo stesso di tutti gl'immobili che formano parte di ciò che dicesi il *demanio pubblico* dello Stato o dei comuni (1). Se queste cose non sono suscettibili d'una proprietà privata, non si può dar loro neppure il nome di *fondo (héritage),* poichè questa espressione implica l'idea di una proprietà acquisita per successione; e non si concepisce neppure che si stacchino da queste cose talune utilità per farne godere altri fondi, attesochè i beni del demanio pubblico sono affetti intieramente ad una destinazione pubblica (2).

Ma quest'ultimo punto è forse sicuro? È egli assolutamente vero, che le cose poste fuori commercio sono affette all'uso di tutti, nel senso che nessuna utilità può esserne staccata a vantaggio dei privati? La questione, ancora una volta, sembra essere decisa dal testo del codice. Infatti, a termini dell'art. 1128 « soltanto le cose che si trovano in commercio possono formare oggetto di convenzioni ». E la dottrina applica ai legati ciò che la legge dice delle convenzioni. Dunque una cosa che è fuori di commercio non può formare l'obbietto d'una servitù, poichè le servitù si costituiscono per contratto o per testamento. Ma l'art. 1128 è forse così assoluto come sembra? Quando un terreno vien posto fuori commercio, formando esso una strada, una piazza pubblica, gli è perchè serve all'uso di tutti, in conseguenza della sua nuova destinazione. Nasce dunque la questione di sapere se l'uso di tutti sia conciliabile con l'uso che venisse accordato a taluni. L'affermativa è certa. Al titolo delle *Obbligazioni,* noi diremo che l'articolo 1128 non impedisce che le cose pubbliche formino oggetto d'una locazione, purchè la locazione non ostacoli la destinazione pubblica della cosa. Perchè non sarebbe lo stesso delle servitù?

Vi sono servitù cui la natura stessa assoggetta tanto le vie pubbliche quanto le proprietà private. Tal'è l'onere che grava sui fondi inferiori, soggetti a ricevere le acque che scolano naturalmente dai fondi superiori. È una legge della natura,

---

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii,* n. 62 e seg.

(2) Questo è il principio del diritto romano (ELVERS, *Die römische Servitutenlehre,* § 13, p. 23). Vedi, in questo senso, sentenza di rigetto del 13 febbraio 1828 (DALLOZ, alla parola *Prescription*. n. 188, 2.°); Liegi 9 marzo 1864 (*Pasicrisie,* 1868, 2, 353). Confronta AUBRY e RAU, t. III, p. 69 e nota 2.

dalla quale nessun fondo può esonerarsi; si fermeranno forse le acque innanzi ad una strada, per la ragione che un terreno è stato convertito in via pubblica? Invano si dice che la destinazione pubblica delle strade impedisce l'esercizio di qualunque servitù. L'autorità amministrativa potrà bensì fare quelle opere che giudichi più convenienti per conservare la libera viabilità dei mezzi di comunicazione, ma non le è permesso di ricacciare le acque sui fondi superiori. Dunque la via pubblica è gravata della medesima servitù che colpisce i fondi appartenenti ai privati (1).

Vi è un'altra servitù legale che interessa tutti i rivieraschi. L'art. 681, posto nel capitolo delle servitù stabilite dalla legge, prescrive che ciascun proprietario deve costruire i tetti in modo che le acque piovane scorrano sul suo terreno o sulla *via pubblica*. Il proprietario ha dunque diritto di lasciar scorrere le acque piovane sopra un fondo che è fuori di commercio; dunque le strade servono all'uso delle proprietà prospicienti. È inutile insistere; le strade sono precisamente destinate all'uso dei proprietari frontisti; è sulle strade che essi aprono le loro porte e finestre; senza le strade, non si concepiscono case agglomerate. Anzichè dunque affermare che l'apertura di finestre e di porte sia in opposizione con l'uso che il pubblico può farne, bisogna dire che le strade hanno per destinazione di servire alle proprietà prospicienti.

131. Vuol dir ciò che qualunque uso i proprietari frontisti facciano delle strade sia una servitù? Ed è loro permessa qualunque specie di uso? La prima questione è controversa ed è dubbia. Bisogna anzitutto supporre che i fondi prospicienti ritraggano qualche utilità dalle strade, poichè senza fondo non può essere questione di servitù. Quando un proprietario apre finestre sulla strada, ne risulterà forse una servitù di veduta? (2) Quando egli pratica una porta che apre sulla via pubblica, acquista forse una servitù di passaggio? Siffatta questione è contenuta in un'altra più generale. I proprietari frontisti che costruiscono sulla via pubblica agiscono a titolo di diritto o di semplice tolleranza? Si pretende non esservi che semplice tolleranza, poichè il comune non ha il diritto di alienare, fosse anche parzialmente, una strada finchè appartiene al dominio pubblico, e non può neppure gravare la strada di servitù che gl'impedirebbe più tardi di sopprimerla, se volesse vendere il terreno (3). Questa argomentazione non è seria. Quando un proprietario

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 8 e nota 2 e 3 e le autorità che vi sono citate.

(2) La questione è la medesima quando la finestra è aperta sopra un fiume od un canale (Liegi, 9 marzo 1870, nella *Pasicrisie*, 1870, 2, 208). Sul diritto dei frontisti d'aprire finestre e vedute, vedi il tomo VIII dei miei *Principii*, n. 47.

(3) PROUDHON, *Du domaine public*, t. I, nn. 363 e 370. TOULLIER, t. III, nn. 479 e 480. FAVARD, *Répertoire*, alla parola *Servitude*, p. 136.

costruisce, usa del suo diritto; ora, l'esercizio di questo diritto sarebbe impossibile se non avesse facoltà di praticare finestre e porte nel muro che fronteggia la via pubblica. Bisogna dunque ammettere che agisca a titolo di diritto. Ciò non impedirà al comune di sopprimere la strada e di vendere il terreno, ma non potrà farlo se non indennizzando i proprietari frontisti. Questo diritto che appartiene ai frontisti non è loro accordato gratuitamente perchè essi si assoggettano all'allineamento ed a tutti i pesi comunali. Vi è dunque una convenzione tacita in virtù della quale il comune permette ai frontisti di costruire alle condizioni stabilite dai regolamenti. Questa convenzione dà origine ad una servitù. Su ciò non può cader dubbio dal momento che si ammette che i frontisti agiscono a titolo di diritto; infatti, essi aprono finestre sopra un terreno appartenente ad altri; ecco il carattere essenziale della servitù: la strada, proprietà della città, serve all'utilità dei fondi fronteggianti. Si obbietta che la strada è piuttosto del demanio pubblico che del demanio comunale, vale a dire che i frontisti se ne servono come abitanti della città, che si servono dunque d'una cosa che appartiene in comune a tutti; il che esclude qualunque idea di servitù (1). Rispondiamo che la strada è proprietà comunale, tanto vero che il terreno di cui è formata è stato comperato dal comune che potrà rivenderlo se la strada viene soppressa. Siamo dunque nei termini dell'art. 637: un diritto di veduta e di passaggio è imposto sovra un fondo appartenente al comune, per l'uso e l'utilità dei proprietari frontisti (2).

Si obbietta ancora che l'uso che i frontisti fanno d'una strada non ne diminuisce in nulla l'utilità, in pregiudizio del proprietario della strada; che non ne deriva quindi quello smembramento della proprietà, che forma il carattere distintivo delle servitù. In conclusione, si dice, questo preteso diritto di servitù dei frontisti non è altro che l'uso della cosa in conformità alla sua destinazione (3). Vi è del vero in questa obbiezione, ma essa non è così decisiva come pare. La servitù è un onere, dunque diminuisce, in generale, il valore del fondo serviente; ma ciò non è dell'essenza della servitù. Se il mio fondo è attraversato da una strada, e se io concedo a' terzi il diritto di passare per questa via, può darsi benissimo che la mia proprietà non soffra alcuna diminuzione di valore, ma è pur sempre vero che la destinazione di questa strada è di servire al passaggio. Ciò non impedisce che vi sia servitù. Vi è dunque altresì servitù quando una strada serve ai frontisti, poichè un fondo rende servizio

(1) Grenoble, 15 luglio 1824 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 65).
(2) Besançon, 29 aprile 1841 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 166, 1.°); Liegi, 29 giugno e 12 dicembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 561 e 358); Aubry e Rau, t. III, p. 70 e nota 5, e le autorità che citano.
(3) Massé e Vergé su Zachariae, t. II, p. 196, nota 2.

ad un altro fondo, ed è questo il carattere essenziale della servitù.

132. Si muove un'altra obbiezione che ci condurrà ad esaminare la natura particolare delle servitù costituite sopra un fondo di spettanza del demanio pubblico. Gli stessi autori che sostengono essere vere servitù i diritti esercitati dai proprietari frontisti sulla via pubblica, confessano che non tutti hanno i caratteri che presentano le servitù in generale (1). Ma dove è la linea di demarcazione? E se questi diritti non riuniscono tutti i caratteri che distinguono le servitù, non bisogna concluderne che non sono vere servitù? Qui sta il nodo della difficoltà. Nulla vi è d'assoluto in fatto di servitù. Il codice stesso dà questo nome ad oneri ed obbligazioni derivanti dalla situazione dei luoghi, o dalle relazioni di vicinato, quantunque questi oneri e queste obbligazioni differiscano, sotto molti rapporti, dalle servitù costituite pel fatto dell'uomo. Ciò è tanto vero che gli autori negano che si tratti di vere servitù. Vi hanno dunque diverse specie di servitù. Ebbene, quelle che gravano i fondi di dominio pubblico costituiscono una specie particolare, determinata dalla natura del fondo serviente. Questo fondo ha una destinazione pubblica che lo mette fuori commercio. Donde una prima conseguenza sulla quale tutti sono d'accordo (2): i diritti esercitati dai proprietari frontisti nell'interesse dei loro fondi non possono compromettere la destinazione pubblica delle strade. Vi ha di più: l'autorità comunale non può neppure concedere simili servitù, non essendole permesso di disporre, a vantaggio esclusivo di alcuni, di una via pubblica che deve servire a tutti; le sue concessioni, se ne fa, non sono che atti di semplice tolleranza, che può sempre revocare. Così se ha sofferto un'usurpazione sopra una strada, proveniente da un balcone o da uno scavo, essa può ben sopprimere ciò che ha tollerato.

Dal medesimo principio si deduce un'altra conseguenza. Le vie pubbliche, quantunque stabilite con intenzione che siano perpetue, non sono però tali; è diritto e dovere dell'autorità amministrativa di ripararle ed anche di sopprimerle quando l'interesse pubblico lo esige: tale sarebbe un motivo di pubblica sanità, od il vantaggio del commercio e dell'industria, od anche l'abbellimento della città, prospettando pure quest'ultimo l'interesse generale, come dice il vecchio D'Argentré (3).

---

(1) DEMOLOMBE, t. XII, p. 203, n. 699. Confronta PARDESSUS t. I, p. 97, n. 40; AUBRY e RAU, t. III, p. 69 e nota 4.

(2) DEMOLOMBE, t. XII, p. 198, n. 698 e AUBRY e RAU, t. III, p. 69, nota 3 e gli autori che citano.

(3) « *Quia publicorum usus non solum ex commodo sed ex ornatu etiam et facie aestimantur.* » D'ARGENTRÉ, *Sur la coutume de Brétagne,* art. 226, cap. XXIII, p. 1136.

S'intende da sè che il comune non può mai alienare un diritto che è nel contempo un dovere. Quando dunque consente tacitamente che i proprietari frontisti aprano finestre e porte nei muri prospicienti, esso non si obbliga, come la legge dice delle servitù ordinarie, « a nulla fare che valga a diminuire l'uso della servitù od a renderla più incomoda (art. 701) ». Il comune, a differenza dei proprietari dei fondi servienti in generale, può mutare lo stato dei luoghi; ed è ciò che fa quando modifica una strada o la sopprime. È questo un suo diritto inalienabile. Ecco una differenza, certo assai grande, fra le servitù che cadono sulla via pubblica e quelle che gravano proprietà private. Si concluderà da ciò che non sono vere servitù? La deduzione sarebbe poco giuridica; infatti, le convenzioni delle parti interessate possono modificare i diritti del proprietario dominante, aggravare o diminuire l'onere del fondo serviente, senza che la servitù cessi di essere tale. Ebbene, la modificazione, che può essere stipulata mediante convenzione, risulta, nella specie, dalla natura del fondo serviente.

133. Che cosa è mai un diritto, si dirà, che il proprietario del fondo serviente può distruggere? e che è mai un onere dal quale ognuno può affrancarsi a sua posta? Noi rispondiamo che se l'autorità amministrativa sopprime le finestre e le porte mutando lo stato dei luoghi, sarà tenuta ad indennizzare i proprietari frontisti. Cosa assai notevole! Tutti sono d'accordo nel riconoscere che i frontisti possono reclamare un'indennità, anche coloro i quali negano che essi abbiano una servitù (1); e la giurisprudenza altresì, quantunque assai scissa intorno al principio, si è pronunciata in favore dei frontisti (2). Nella nostra opinione, il diritto dei frontisti è evidente; esso scaturisce logicamente dal principio che abbiamo stabilito. Se i frontisti hanno una servitù di veduta ed uscita sulla via pubblica, l'autorità amministrativa non può togliere loro questo diritto senza compenso. In Francia si è sostenuto il contrario, quando si discusse la legge del 24 maggio 1842 sulle quote delle strade regie abbandonate per causa di mutamento del tracciato o di apertura di una nuova strada. Se si parte dal principio assoluto che mette la via pubblica fuori di commercio, si deve conchiudere che il demanio pubblico non può essere smembrato, nè per conseguenza gravato d'una servitù. Questo significa non tenere nessun conto del diritto dei frontisti. Come ha detto benissimo il relatore della legge del 1842, Renouard, « la ragione e la giustizia non s'acconciano giammai a queste tesi

(1) Vedi gli autori citati in Dalloz, alla parola *Voirie par terre*, n. 122.

(2) Questo è così pacifico che le Corti non porgono dei motivi, ma ammettono il diritto come un assioma (sentenza di Cassazione del 5 luglio 1836; Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 151).

comode e parziali in cui trionfa l'argomentazione, e che, dove esistono due principî, non si peritano di basarsi sopra un solo di essi senza tenere alcun conto dell'altro » (1). Noi non contestiamo il diritto dello Stato, ma accanto ad esso vi è pur quello dei frontisti; lo Stato può sopprimere le finestre e le porte, se l'interesse dell'edilizia lo esige, ma nol può fare che indennizzando i proprietari frontisti.

L'opinione contraria, la quale non ammette che i proprietari fronteggianti abbiano un diritto di servitù sulla via pubblica, e che nondimeno attribuisce loro un'indennità, è imbarazzatissima nel trovare un fondamento a questo compenso. Vi son di quelli che riconoscono un diritto ai frontisti, ma dicono che non è un diritto di servitù, bensì un diritto *sui generis* (2). Che cosa è dunque questo diritto? e donde nasce? È impossibile definirlo e determinarne i caratteri. In sostanza, questa opinione non differisce dalla nostra che nelle parole. Noi pure ammettiamo che i diritti di veduta e di uscita dei frontisti siano servitù d'indole particolare; ma almeno diciamo qual'è la natura di queste servitù, e perchè non hanno tutti i caratteri dei diritti che derivano dal fatto dell'uomo. La nostra dottrina giunge al medesimo risultato pratico, ma ci sembra che riesca più conforme ai principî. Quanto agli autori i quali, pur negando che i frontisti abbiano un diritto, accordano loro un'indennità, essi sono affatto inconseguenti: basta leggere Pardessus per convincersene (3). Egli invoca la regola di equità la quale non permette ad alcuno di mutar parere in altrui pregiudizio. Singolare argomento in bocca ad un giureconsulto! L'equità s'indirizza al legislatore, ma l'interprete non può fondarvi un diritto. A colui che reclamasse un'indennità in nome dell'equità, il comune o lo Stato potrebbe rispondere: « Io uso del mio diritto e non ledo quello di alcuno, dunque non faccio torto a nessuno ». I frontisti, aggiunge Pardessus, hanno in loro favore la più potente delle autorità, la fede pubblica, poichè è sulla fede pubblica che essi hanno aperto finestre e porte. Ciò è molto vago. Se la fede pubblica attribuisce un diritto ai frontisti, allora essi possono reclamare un'indennità, ma in questo caso si ritorna all'opinione da noi sostenuta. Che se i frontisti non hanno diritto, invano farebbero appello alla fede pubblica; non si basa azione civile sulla fede pubblica!

134. Vi hanno altre difficoltà in questa non lieve materia. Tutti accordano un'indennità ai frontisti. Vuol dire ciò che i

---

(1) RENOUARD, Relazione, in DALLOZ, alla parola *Voirie par terre*, t. XI e IV, p. 210, n. 2 e seg.

(2) FERAUD GIRAUD, *Des modifications apportées au droit de propriété*, t. II, numero 343 e 586, seguito da DALLOZ, alla parola *Voirie par terre*, n. 122. In questo senso, Orléans, 5 marzo 1869 (DALLOZ, 1869, 2, 17).

(3) PARDESSUS, t. I, p. 99 e segg., n. 41.

frontisti hanno una proprietà di cui non possono essere privati che a mezzo dell'espropriazione per causa di pubblica utilità? Noi abbiamo risposto dianzi alla questione. I frontisti non hanno che un diritto imperfetto il quale non frappone alcun ostacolo alla libera azione dell'autorità amministrativa; questa può cambiare lo stato dei luoghi, come lo giudica conveniente, senza essere in ciò rattenuta dai diritti dei frontisti. Costoro non hanno che un regresso per indennità. Tal'è la giurisprudenza della Corte di cassazione di Francia; essa ha deciso reiteratamente che se una strada comunale è regolarmente soppressa, questa soppressione porta seco l'estinzione dei diritti di servitù che i frontisti avevano sulla strada, salvo compenso da parte del comune. L'indennità può consistere sia in un altro passaggio, sia in danni-interessi (1). Vi è qui ancora una volta qualche cosa che scandalizzerà i partigiani dei principî assoluti: essi domanderanno come mai i diritti di servitù dei frontisti possano estinguersi per la vendita del fondo gravato di servitù. Egli è perchè, nella specie, il fondo serviente dipende dal demanio pubblico; ed i frontisti non vi avevano diritti se non perchè questo demanio era destinato all'uso delle proprietà prospicienti; dal momento dunque che il fondo serviente cessa di appartenere al demanio pubblico, cessa di servire; ciò significa, in altri termini, che le servitù si estinguono. Se ciò non ostante i frontisti hanno diritto ad un'indennità, è perchè avevano un diritto di servitù fondato sopra una convenzione tacita, convenzione la quale implica che l'autorità amministrativa, pur conservando il diritto di cambiare lo stato dei luoghi, non può però farlo se non indennizzando i frontisti.

135. L'indennità suppone un diritto leso. Quando dunque i frontisti hanno intrapresa qualche opera sulla via pubblica per semplice tolleranza, fosse anche in virtù di una concessione, non hanno diritto ad alcuna indennità (2). Qui si manifesta in tutta la sua forza il principio che le vie pubbliche sono poste fuori commercio; l'autorità amministrativa può tollerare ciò che le sembra compatibile colle necessità della comunicazione; ma non appena sorga un qualsiasi inconveniente, ha il diritto ed il dovere di far cessare le usurpazioni; essa si vale del suo diritto senza ledere l'altrui, e non deve quindi alcun compenso; ancorchè avesse accordata un'autorizzazione formale può sempre revocarla, senz'esser tenuta ad indennizzare il concessionario, poichè queste concessioni non attribuiscono diritto alcuno

Il regresso per indennità è un'azione di danni-interessi; e perchè si possa far luogo a questi ultimi non basta che sia leso un diritto, ma occorre altresì che si sia cagionato un pregiudizio:

---

(1) Sentenza di rigetto del 15 luglio 1871 (Dalloz, 1851, 1, 234) e del 3 maggio 1858 (Dalloz, 1858, 1, 276).
(2) Pardessus, t. I, p. 102 e seg., n. 41.

come si può domandare la riparazione d'un danno allorchè non se n'è sofferto alcuno? Il Comune costruisce un edificio sopra una piazza pubblica: con ciò esso diminuisce il prospetto dei frontisti; dovrà forse pagar loro un indennizzo? Tutto si riduce a vedere se danno vi fu; è dunque una questione di fatto. Se la piazza pubblica, quantunque ristretta, rimane abbastanza vasta perchè i frontisti possano esercitare i loro diritti di veduta, essi non hanno ragione di dolersi, perchè è questo il solo diritto che loro attribuisce la convenzione tacita su cui poggiano le servitù che loro appartengono; ma la medesima convenzione riserva pure tutti i diritti del comune, il quale non si è obbligato a conservare alla piazza pubblica l'estensione che aveva al momento delle costruzioni e non può quindi essere tenuto ad indennità alcuna quando diminuisce semplicemente i vantaggi di cui i frontisti godevano. Su questo punto siamo d'accordo con Pardessus (1).

Essendo l'indennità una questione di danni-interessi, il tribunale potrà aver riguardo ai vantaggi che risulteranno ai frontisti dai mutamenti di cui si dolgono. Ciò avverrà assai di frequente in materia d'allineamento. Un frontista costruisce o ricostruisce in virtù di un nuovo allineamento che sporge innanzi a tutte le costruzioni prospicienti. Temporaneamente coloro che non sono ancora nel caso di ricostruire soffriranno qualche pregiudizio dalle costruzioni che diminuiranno più o meno le loro vedute ed ostacoleranno le loro uscite. Ma questo inconveniente avrà il compenso in un vantaggio maggiore che essi più tardi ritrarranno dall'allineamento. In questa specie è stato deciso che i frontisti non avevano diritto ad alcuna indennità (2).

136. Rimane a vedere chi debba pagare questa indennità. A rigor di principio, è il Comune pel fatto del quale la servitù è soppressa. Ordinariamente il Comune, quando modifica o sopprime una strada, vende il terreno che cessa di servire alla circolazione pubblica. Se il contratto di vendita nulla dice delle servitù di veduta e di uscita, si estingueranno come abbiamo detto, salva l'azione d'indennità contro il Comune. Il compratore non può esservi obbligato, poichè esso non è vincolato che dal suo contratto, e noi abbiamo supposto che il contratto serbi il silenzio (3). Se il Comune vuol evitare l'azione di regresso, deve stipulare nell'atto di vendita che il compratore dovrà soffrire l'esercizio dei diritti di veduta e di uscita (4), o che sarà te-

---

(1) Pardessus, t. I, p. 102, n. 41. Proudhon, *Du domaine public*, t. I, nn. 365 e 366.

(2) Sentenza del tribunale di Huy del 20 febbraio 1862 (*Jurisprudence des tribunaux de première istance*, per Cloes e Bonjean, t. XI, p. 210), con le osservazioni di Cloes.

(3) Liegi, 9 marzo 1861 (*Pasicrisie*, 1868, n. 354).

(4) Liegi, 12 dicembre 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 368).

nuto a pagare un'indennità. Quest'ultima clausola è la più giuridica, poichè le servitù sono estinte di pieno diritto fin dall'istante in cui la strada cessa di formar parte del demanio pubblico.

137. L'applicazione dei principii che abbiamo stabiliti presenta nuove difficoltà, e la giurisprudenza attesta quanta incertezza rimanga ancora sui principii stessi. Si costruisce un canale; la nuova via navigabile deve traversare un podere; lo Stato compera i terreni a trattative private, e viene stipulato nell'atto di vendita che lo Stato costruirà quattro ponti sul canale, che la via di comunicazione della proprietà avrà luogo per gli argini del canale e che si faranno le rampe necessarie per renderne facili gli approdi. Sorsero contestazioni fra i proprietarii del fondo e l'autorità amministrativa circa l'estensione e la portata di queste clausole. Innanzi alla Corte di cassazione il prefetto attore sostenne in nome dello Stato, che la convenvenzione e la sentenza della Corte che l'estendeva a tutta la proprietà stabilivano delle servitù sovra pertinenze del demanio pubblico. Era incontestabile che vi era servitù, ed era incontestabile eziandio che il canale formava parte del demanio pubblico dello Stato. Che decise la Corte? Che non si trattava di una parte del demanio pubblico antico e riconosciuto, il cui carattere fosse incontestabile; che il canale del Nivernese formava una parte nuova e recentemente costituita del pubblico demanio; che il dominio, obbietto del litigio, era stato acquistato sotto condizioni imposte ed accettate per mezzo di convenzioni volontarie e reciprocamente obbligatorie. La Corte concluse che nella specie non si trattava di servitù costituite sul demanio pubblico, ma di servitù convenzionali (1). Senza dubbio la servitù era convenzionale, ma che importa? È forse meno vero che gravava il canale del Nivernese, e questo canale non era una pertinenza del demanio pubblico? Il canale era di recente costruito. Che importa? Occorre dunque che una via navigabile sia antica per appartenere al demanio pubblico? Questi motivi non si discutono; la decisione è fra quelle che eludono le vere difficoltà in luogo di affrontarle francamente. Bisognava dire: sì, si tratta di una servitù costituita sul demanio pubblico mediante convenzione. È vero che il canale non è in commercio, ma la destinazione pubblica del canale non impedisce che possa divenire oggetto di convenzioni e di diritti che non ostacolino questa destinazione; dunque la servitù è legittimamente costituita.

138. Si può avere una servitù sopra un luogo destinato al pubblico passeggio? La questione è stata risoluta in senso negativo dalla Corte di Poitiers, e Demolombe approva questa decisione. La sentenza dice che la passeggiata sulla quale i fron-

(1) Sentenza di rigetto del 17 luglio 1849 (Dalloz, 1849, 1, 315).

tisti avevano aperte finestre era fuori di commercio, che il parco era destinato al passeggio ed a pubbliche feste, che i frontisti non potevano acquistare servitù sopra un terreno che era sottratto al commercio e non era certo destinato a procurare ai vicini vedute ed uscite (1). Ci sembra che la questione sia stata mal posta. Si tratta di sapere se un luogo di pubblico passeggio o qualunque altra pertinenza del demanio pubblico possa essere gravata da una servitù, quando questa non noccia alla destinazione della cosa. Se si risolve la questione affermativamente come si fece da noi, bisogna esaminare in fatto se le finestre dei vicini impediscano agli abitanti di passeggiare nel parco. Ciò non è neppur discutibile. Forse che i passanti che gironzano per le strade e per le piazze pubbliche non sono veduti dai frontisti? Impedisce ciò loro di passeggiare e di gironzare? Quelli che passeggiano in un parco sono forse impediti dal passeggiare perchè dalle case contigue li si può vedere? Non è forse appunto per essere vedute che un gran numero di persone frequenta un parco? Non insistiamo su ciò: tutti coloro che si sono divertiti passeggiando per un pubblico parco saranno senza dubbio del nostro parere.

139. Questa opinione è stata anche consacrata dalla Corte di Nancy in una specie più seria. I muri delle piazze di guerra formano parte del demanio pubblico, sono dunque fuori commercio. Ora, il muro, obbietto del litigio, era stato costruito nel 1701, in adempimento del trattato di Riswick, per completare la cinta della città di Nancy; esso era perciò sottratto al commercio, e serviva inoltre ad assicurare la riscossione dei diritti daziarii e l'adempimento delle misure di polizia che la pubblica sicurezza può esigere. Ciò non ostante un proprietario praticò delle aperture nel muro della città ed aprì finestre nel muro della sua casa, costruita al disopra di quello; doppia servitù, dice il tribunale di Nancy, contro la quale reclamava la destinazione del muro. La Corte d'appello decise che il muro della città era senza dubbio sottrato al commercio, ma che da ciò derivava una sola conseguenza, cioè che il proprietario della casa contigua non poteva fare alcun'opera contraria alla destinazione di quello; tali erano evidentemente le aperture che aveva praticate nel muro della città. Ma in che mai le finestre aperte nel suo proprio muro potevano ostacolare l'opera degli impiegati daziarii? poichè non era in causa la difesa della città. Queste finestre, dice benissimo la Corte, lungi dal porre ostacolo alle misure di polizia e di sorveglianza che il muro è destinato a proteggere, rendono, al contrario, più difficile la frode. Era dunque il caso d'applicare il principio che permette di costruire

---

(1) Poitiers, 31 gennaio 1837 (Dalloz, alla voce *Servitude*, n. 67). Demolombe, t. XII, p. 109, n. 698.

servitù sopra una cosa di spettanza del demanio pubblico, purchè non si rechi offesa alla sua destinazione (1).

140. Le chiese, avendo una destinazione pubblica, sono poste fuori di commercio, ed appartengono al demanio pubblico municipale. È stato giudicato che i proprietarii contigui non potevano acquistare la comunione del muro della chiesa. La decisione è giuridica e conforme all'antica giurisprudenza, però con una restrizione. I termini in cui quelle decisioni sono concepite sono talmente generali che sembrano proscrivere qualunque specie di servitù sopra una chiesa (2). Ciò è troppo assoluto; bisogna applicare alle chiese il principio generale che regola i beni sottratti al commercio. È quindi necessario distinguere: se la servitù è incompatibile col servizio del culto, col decoro che questo esige, non potrà essere stabilita, e si potrà sempre domandarne la soppressione. Ma se la servitù non è d'alcun ostasolo alla destinazione della chiesa, non vi è ragione per far eccezione ai principii generali; tale sarebbe la servitù che consistesse nel sopportare l'onere del vicinato. È questa l'opinione di Troplong, e noi la crediamo giusta (3).

La Corte di Gand ha applicato il medesimo principio ai cimiteri. Finchè conservano la loro destinazione pubblica sono fuori di commercio. Le Corte constata nondimeno che in Fiandra esistono passaggi pubblici pei pedoni in quasi tutti i cimiteri che circondano le chiese dei comuni rurali. Gli è che il passaggio non è di ostacolo a che il cimitero serva all'inumazione, poichè non si fanno sepolture in quella parte che è riservata ai pedoni (4).

141. Non bisogna confondere il demanio privato dello Stato col demanio pubblico. Il primo è in commercio e può quindi essere gravato di servitù. Cosa notabile e che viene in appoggio della nostra dottrina, si è che nell'antico diritto tutte le parti del demanio dello Stato erano colpite d'inalienabilità e per conseguenza erano imprescrittibili, eppure l'inalienabilità non impediva la costituzione di servitù. Ciò sembra poco logico, ed una deroga al rigore del diritto. A vero dire non eravi inconseguenza, poichè i motivi che hanno fatto stabilire l'inalienabilità del demanio della corona nulla han di comune con le servitù. Secondo il nostro diritto moderno, i beni dello Stato sono alienabili e prescrittibili; saranno quindi soggetti al diritto comune anche in materia di servitù. È stato deciso in applicazione di questo principio, che il diritto di passaggio sul fondo intercluso

---

(1) Nancy, 31 gennaio 1838 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 76).

(2) Tolosa, 13 maggio 1831, e sentenza di Cassazione del 5 maggio 1833 (Dalloz, alla voce *Servitude*, n. 451). Confronta Dalloz, alla voce *Domaine public*, nn. 58 e 59.

(3) Troplong, *De la prescription*, n. 173. In senso contrario, Dalloz, alla voce *Domaine public*, n. 59.

(4) Gand, 8 maggio 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 175).

può essere acquistato con la prescrizione sovra un immobile spettante al demani privato dello Stato (1). Noi esamineremo piu innanzi se questo passaggio possa acquistarsi con la prescrizione. È stato ancor giudicato, in conformità del medesimo principio, che l'articolo 671 si applica tanto ai boschi dello Stato quanto a quelli dei privati (2). Avremo occasione di ritornare su queste disposizioni.

142. L'articolo 637 dice che i due fondi debbono appartenere a proprietarii diversi. È l'applicazione del vecchio adagio che nessuno può avere servitù sulla cosa propria. Il proprietario di due fondi può benissimo far servire uno di questi fondi ai bisogni dell'altro, ma quest'uso è l'esercizio del suo diritto di proprietà; è dunque l'esercizio della libertà e non di un diritto di servitù. Vedremo in appresso sotto quali condizioni da questa destinazione del padre di famiglia può nascere una servitù.

143. È necessario che i due fondi siano contigui? Vi sono leggi romane che, pur ammettendo della eccezioni alla regola, sembrerebbero esigere la contiguità. Duranton ha riprodotta questa dottrina (3). Le servitù, egli dice, sono costituite per l'utilità dei fondi; ora, perchè si possa raggiungere questo scopo, è mestieri che i fondi siano contigui. Dumoulin, al contrario, sosteneva che questa opinione fosse erronea (4), ed il suo parere fu implicitamente consacrato dai compilatori del codice civile. L'art. 637 nel progetto adottato dal Consiglio di Stato, diceva che i fondi dovevano essere *vicini*. Il Tribunato propose di sopprimere la parola *vicini*. « Possono esservi, esso diceva, fondi intermedii tra il fondo cui la servitù è dovuta e quello che la deve ». Si legge nella relazione fatta al Tribunato dall'Albisson, che « la condizione del vicinato non è talmente essenziale che sia indispensabile in una buona definizione » (5).

Da ciò si deduce che la *contiguità* non è una condizione richiesta per la validità della servitù. Si concepisce, infatti, che un fondo non contiguo possa rendere un servigio ad un altro fondo. Due fondi non sono contigui quando sono separati da un fondo intermedio; ora, l'esistenza di questo fondo intermedio può non essere un ostacolo all'esercizio della servitù; tale sarebbe una via pubblica; ovvero l'ostacolo può essere soltanto parziale o temporaneo. Si vede che la questione è piuttosto di fatto che di diritto. Lo stesso è a dirsi del *vicinato*. In generale,

---

(1) Sentenza di rigetto del 19 gennaio 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 5).

(2) Sentenza di Cassazione del 13 marzo 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 89). Confronta il t. VII, dei miei *Principii*, n. 92.

(3) Questa non è la teoria romana: i giureconsulti chiedono il *vicinato*, ma non la *contiguità* (ELVERS, *Die Servitutenlehre*, p. 166, § 18).

(4) DURANTON, t. V, p. 492, n. 454. DUMOULIN, *Tractatus de dividuis et individuis*, parte 3.ª, n. 359 (t. III, p. 252).

(5) Osservazioni del Tribunato, n. 1 (LOCRÉ, t. IV, p. 173). Relazione d'ALBISSON, n. 3 (*ibid.*, p. 185).

i fondi debbono essere vicini perchè uno procuri un vantaggio all'altro. Posso io stipulare il diritto di attingere acqua ad una fontana, quando non ho fondi in vicinanza di essa? La servitù mi sarebbe inutile; ora, le servitù non sono state stabilite che per l'utilità dei fondi. Tuttavia il Tribunato giustamente ha ritenuto che la vicinanza non dovesse considerarsi come una condizione essenziale alla costituzione delle servitù. Può infatti accadere che, per quanto i due fondi siano distanti l'uno dall'altro, l'onere imposto a questo procuri un'utilità a quello. Il diritto di attingere acqua, fosse anche ad una grande distanza, può essere di grande vantaggio, se ve ne sia difetto nelle vicinanze. Il legislatore ha ben fatto rimettendosi per questo riguardo alle parti interessate; esse si guarderanno bene dallo stipulare, cioè dal pagare diritti inutili. È per questo motivo che noi non insistiamo sopra questioni che si discutono soltanto nella scuola, ma che sono sconosciute alla pratica (1).

N. 2. — Un onere o un servigio.

144. L'articolo 686 dice che la servitù deve essere costituita *per un fondo*, il che significa, secondo l'articolo 637, che un onere viene imposto ad un fondo per l'*uso* e l'*utilità* d'un altro fondo. É questo un carattere essenziale della servitù; se il legislatore ha ammesse simili restrizioni al diritto di proprietà, gli è in quanto procurano un vantaggio ad un altro fondo; l'uno è diminuito, l'altro è aumentato. E' il fondo dominante che deve acquistare questo miglioramento: non già che un fondo possa esercitare un diritto; ma occorre almeno che tutti quelli che occupano il fondo possano trar profitto della servitù. Così è d'un diritto di passaggio: tutti quelli che abitano la casa profittano necessariamente del diritto che lor permette di passare pel fondo vicino. Ma, dicono i giureconsulti romani, io non posso stipulare, a titolo di servitù reale, il diritto di passeggiare nel giardino di proprietà del vicino, ovvero di raccoglievi fiori o frutta (2), poichè questo diritto sarebbe posto in essere pel mio piacere personale e non pel vantaggio di un fondo e di quelli che lo abitano. Un simile diritto non potrebbe essere dunque stabilito che a titolo di servitù personale. Si dovrà quindi dire che l'onere non possa consistere in un diletto che si procura al fondo dominante? Il codice parla di *uso* ed *utilità;* ma ciò che d'Argentré diceva circa l'abbellimento di una città, può riferirsi al diletto che presenta una casa; ciò che è bello e dilettevole è per ciò appunto vantaggioso. La massima è sempre

(1) Confronta AUBRY e RAU, t. III, p. 63, note 11 e 12 e le autorità ivi citate.
(2) PAOLO, nella legge 8, D., *De servitut.* (VIII, 1).

stata ammessa, ed il codice consacra implicitamente la dottrina tradizionale, dicendo nell'articolo 686 che è permesso ai proprietarii di costituire quelle servitù che sembrano loro opportune, purchè non siano imposte a favore della persona, ma per un fondo. Tal'è la servitù di prospetto, che procura una piacevole veduta agli abitanti d'una casa. Ciò non presenta alcun dubbio; è dunque inutile d'insistervi. Ma se dall'onere imposto ad un fondo non risultasse alcuna specie di vantaggio pel preteso fondo dominante, non solamente non vi sarebbe servitù, ma, come dice il tribuno Albisson, la stipulazione sarebbe assolutamente nulla (1), poichè non darebbe luogo ad alcuna azione.

145. Scaturisce da ciò una conseguenza importantissima, cioè che un diritto apparentemente stipulato in favore di un fondo non è una servitù reale, se realmente non profitta che alla persona dello stipulante. Il principio è evidente, essendo scritto nell'articolo 686, che vieta di pattuire servitù in favore della persona, ma l'applicazione presenta grandi difficoltà, poichè spesso non è agevole decidere se l'onere è stabilito in favore della persona o del fondo. Occorre, in ciascuna specie, esaminare se il fondo ritrae un vantaggio dal peso, vale a dire se ne profittano tutti gli abitanti del fondo.

Tempo addietro era usitatissima una concessione che dava il diritto di prendere in una foresta le legna necessarie al riscaldamento del concessionario e della sua famiglia. Perchè questo diritto costituisca una servitù reale, occorre innanzi tutto che sia stipulato in favore di un fondo. In questo caso vi è servitù. Non si può dire che il diritto reale è stipulato in favore della persona, poichè le case per poter essere abitate hanno pur bisogno di legna da ardere. Dunque tutti quelli che abitano la casa profitteranno della servitù, e per conseguenza l'onere è stabilito in favore del fondo (2).

146. Sarà lo stesso del diritto di caccia? La questione è assai controversa, e v'ha qualche dubbio. È certo che io posso pattuire il diritto di caccia sul terreno altrui. Nulla anzi è più frequente di queste convenzioni; ma quale ne è la natura e quali ne sono gli effetti? Ordinariamente è una locazione; in questo caso, è certo che il diritto che risulta per l'affittuario è un diritto d'obbligazione. Si domanda se la facoltà di caccia può essere consentita altresì a titolo di diritto reale, sia come servitù personale, sia come servitù reale. La caccia è uno degli attributi della proprietà, è dunque una delle utilità che sono annesse ad un fondo; la questione è di sapere se può esserne staccata a vantaggio d'una persona o a vantaggio d'un fondo. Noi ab-

---

(1) Albisson, Relazione, n. 3 (Locré, t. IV, p. 185.
(2) Pardessus, t. I, p. 28-31, n. 11.

biamo già affrontata la prima questione e l'abbiamo decisa affermativamente (1). Rimane a sapere se il diritto di caccia può essere stipulato a titolo di servitù reale. In diritto romano ciò non era ammesso (2), e tale è ancora il parere della maggior parte degli autori sotto l'impero del codice civile (3). Si dice che il diritto di caccia non procura utilità e diletto che al cacciatore, che perciò non ne risulta un miglioramento pel fondo nel cui vantaggio lo si stipuli. L'obbiezione è senza dubbio vera, si può anche aggiungere che non v'è un piacere più personale che la caccia; è una passione, e nulla è certo più individuale di un piacere che il più delle volte si spinge fino alla passione. Noi crediamo che l'opinione generale sia fondata sui veri principii; ma non è essa troppo assoluta? Demolombe dice che non si troverà mai un caso in cui il diritto di caccia migliori un fondo (4). Supponiamo un parco destinato alla caccia; il proprietario stipula il diritto di caccia sulle terre vicine a vantaggio del detto parco. Ecco un diritto stabilito sopra un fondo per l'utilità di un altro fondo; è il parco di caccia come tale che sarà migliorato, vi potrà essere dunque servitù. Il caso che segue si è presentato dinanzi la Corte di cassazione. In virtù d'una concessione dell'8 giugno 1506, il signore di Soulaines accordò agli abitanti del comune il diritto di caccia assieme a quello di pascolo e della raccolta delle ghiande. Qual'è la natura del diritto risultante da questa concessione? Da una parte esso affetta il fondo sul quale può esercitarsi, in virtù del diritto che attribuisce al concessionario di penetrarvi e seguire la selvaggina; da un'altra parte, è annesso all'abitazione nel comune e non alla persona dell'abitante, poichè costui lo perde dal momento che abbandona il comune; è dunque un diritto sovra un fondo a favore di un altro fondo, e perciò una servitù reale (5). Si potrebbero invocare le considerazioni della sentenza per indurre che in tutti i casi il diritto di caccia stipulato per un fondo è un diritto reale. Ciò sarebbe oltrepassare, ci sembra, il pensiero della Corte; essa ha statuito sopra una ipotesi particolare nella quale il diritto di caccia non è più un piacere individuale, ma una facoltà generale accordata al medesimo titolo che il pascolo e la raccolta delle ghiande a tutti coloro che abitano il comune; esso perde con ciò il carattere personale che gl'impedisce d'essere l'obbietto d'una servitù reale. Concluderemo pertanto che il diritto di caccia può essere smembrato dalla proprietà, sia a titolo di di-

---

(1) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 86-108.
(2) Elvers, *Die römische Servitutenlehre*, § 16, p. 150.
(3) Vedi le autorità in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 56, Aubry e Rau, t. III, p. 62 e nota 5.
(4) Demolombe, t. XII, p. 192, n. 687.
(5) Sentenza di rigetto del 4 gennaio 1860 (Dalloz, 1860, 1, 14).

ritto d'uso, sia a titolo di servitù reale; ma in quest'ultimo caso occorre che procuri un'utilità ai fondi nel cui interesse è stabilito, il che avviene in circostanze eccezionali.

147. Si può stipulare, a titolo di servitù, un onere sopra un fondo nell'interesse dell'industria esercitata in un altro fondo? Su tale questione regna una grande incertezza nella dottrina e nella giurisprudenza. Bisogna anzitutto precisare il vero significato della regola contenuta nelllarticolo 686, a termini del quale i servigi stabiliti non possono essere imposti nè alla persona, nè in favore della persona, ma solamente ad un fondo e per un fondo. La caratteristica della servitù reale è che il servizio è dovuto dal fondo serviente; occorre dunque che sia un'utilità staccata da questo fondo nell'interesse del fondo dominante. Se è la persona che rende il servizio, vale a dire se esso è di tal natura da non potersi rendere che dalla persona e non da un fondo, non può parlarsi di servitù. Così sarebbe dell'onere stipulato sotto il nome di servitù, e che consistesse nell'obbligo imposto agli abitanti di un Comune di prosciugare le acque di uno stagno durante la notte o di lavorare i campi a profitto del fondo dominante. Dianzi questi oneri erano imposti a titolo di prestazioni feudali; oggi non potrebbero venir ristabiliti come oneri reali; l'art. 686 lo proibisce; poichè è ben evidente che i medesimi non costituiscono un servigio reso da un fondo ad un altro, ma un obbligo imposto ad una persona in favore d'una persona, dunque un diritto d'obbligazione e non un diritto reale.

Tale è il valore della regola scritta nell'articolo 686, quando si consideri la servitù come un onere. I medesimi principii si applicano alla servitù considerata come diritto. La questione sta nel sapere se un onere che sarebbe uno smembramento del fondo serviente può essere stipulato a vantaggio d'una persona. Nell'antico diritto si ammetteva che ogni servitù reale potesse divenire personale dove fosse stipulata anzichè in vantaggio di un fondo, in quello d'una persona (1). Il codice non lo permette più, sembra anzi che lo proibisca in modo assoluto. In questo senso si esprime l'oratore del Tribunato; egli vede in qualunque servitù stabilita in favore di una persona, una di quelle servitù escogitate dal feudalismo, ed è appunto per togliere di mezzo ogni possibilità che quelle si riproducano, egli dice, che il codice proibisce di stipulare una servitù sovra un fondo in favore d'una persona (2). Tuttavia il divieto dell'articolo 686 non è così assoluto come pare. Gillet osserva che dianzi comprendevansi fra le servitù personali l'usufrutto, l'uso e l'abitazione, ma che secondo il codice civile, questi diritti sono trattati come appen-

---

(1) MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Servituae,* § IV, n. 4.
(2) GILLET, Discorso, n. 12 (LOCRÉ, t. IV, p. 195).

dici della proprietà. Noi abbiamo già detto che invano gli autori del codice hanno proscritto il nome di servitù personali, poichè han conservato l'usufrutto, l'uso e l'abitazione che sono vere servitù stabilite a vantaggio d'una persona. D'onde risulta una grave modificazione alla regola, in apparenza assoluta, dell'articolo 686; cioè che si possono separare dalla proprietà, a titolo di diritti reali, le diverse utilità che si ritraggono da un fondo, costituendole a vantaggio d'una persona (1). Come dovrà dunque essere interpretato il divieto di stipulare una servitù in profitto d'una persona? Nel senso che non possono esservi altre servitù personali salvo quelle che il codice conserva sotto il nome d'usufrutto, d'uso e d'abitazione: qualunque onere sovra un fondo che non rientra in una di queste tre servitù non può essere stipulato a titolo di servitù personale.

148. Si dirà dunque che non si possa più stipulare un onere a vantaggio d'una persona? Lo si può certamente fare a titolo di obbligazione, ma non già a titolo di servitù, vale a dire di diritto reale, salve le tre eccezioni che abbiamo menzionate. E grandi sono le differenze tra gli oneri reali e gli oneri personali. Un diritto stipulato a titolo di servitù sopra un fondo rimane inerente al medesimo, in mano di chiunque passi il fondo serviente; è il fondo che è debitore del servizio, e lo dovrà finchè sussiste, se si tratta di una servitù reale, o durante la vita dell'usufruttuario, o dell'usuario, se è una servitù personale. Al contrario, l'obbligazione personale od il diritto di credito è inerente alla persona del debitore e si trasmette ai suoi eredi, ma non ai detentori del fondo. Quegli che non possiede che un diritto di credito, non può dunque seguire i beni del suo debitare fra le mani di un terzo, mentre il diritto reale attribuisce la facoltà di seguir la cosa presso chiunque. Infine chi non è obbligato personalmente può liberarsi dall'onere che grava su di lui come detentore d'un fondo coll'abbandonarlo. Va da sè che il debitore personale non può mai svincolarsi dalla contratta obbligazione (2).

Può darsi che un solo e medesimo diritto sia stipulato o come diritto di credito o come diritto reale. Nella dottrina consacrata dalla giurisprudenza, avviene così del diritto di caccia; questo può essere l'obbietto di una locazione, d'una servitù personale o d'una servitù reale. Tutti ammettono che il diritto di passaggio può essere costituito sopra un fondo in favore d'una persona, come diritto d'uso, e quindi come servitù personale; questo medesimo diritto è una delle più frequenti servitù reali, e può essere stipulato altresì come un diritto d'obbligazione. Si applicheranno,

---

(1) Vedi retro, n. 108. Confronta Demolombe, t. III, p. 184, n. 675. Aubry e Rau, t. III, p. 62, nota 6. Demante, t. II, p. 635, n. 541 *bis*, I e II.

(2) Pardessus, t. I, p. 19 e 29, n. 9. Demolombe, t. XII, p. 177, n. 671. Mourlon, *Répétitions*, t. I, p. 747-749.

secondo i diversi casi, i principii che regolano le obbligazioni, le servitù reali o le servitù personali. Ma può essere dubbio se il diritto costituisca un'obbligazione, una servitù reale o una servitù personale. Sarà mestieri in tal caso attenersi meno ai termini di cui le parti si sono servite che alla natura del diritto ed alla intenzione dei contraenti. Bisogna sopratutto tener conto della regola fondamentale stabilita dall'articolo 686; perchè il diritto sia una servitù reale, occorre sia dovuto da un fondo ed in favore di un fondo: perchè un diritto sia una servitù personale, deve avere i caratteri dell'usufrutto, dell'uso, o dell'abitazione; infine ogni diritto può essere un diritto d'obbligazione, se il vincolo affetta la sola persona, e se la sola persona può esercitarlo. Ma se i principii sono così semplici, tale non ne è certo l'applicazione: noi vedremo come un autore che gode gran fama abbia risoluta la questione nei due sensi in una stessa pagina (1).

149. Perchè la questione possa essere agitata, bisogna supporre che vi siano due fondi; ad uno di questi fondi è imposto un onere nell'interesse del commercio o dell'industria esercitata dal proprietario dell'altro fondo; si avrà una servitù o diritto d'obbligazione? A nostro parere non vi è mai una servitù; infatti l'onere, ancorchè gravasse un fondo, non serve all'utilità d'un altro, essendo l'interesse del commercio e dell'industria affatto personale al commerciante o all'industriale, e non un interesse del fondo; da una simile stipulazione non può dunque risultare che un diritto d'obbligazione; nè potrebbe farsi questione d'una servitù personale, poichè il commerciante o l'industriale non hanno alcun diritto di uso sopra un fondo serviente. Coepolla suppone che il venditore stipuli che il compratore di una casa non potrà stabilirvi un commercio che faccia concorrenza al suo; egli decide che questa convenzione non ingenera una servitù, ma solamente una obbligazione personale, se il venditore non ha altra casa in vantaggio della quale siasi stipulato l'onere: ma se il venditore possiede una casa in cui esercita il medesimo commercio, la convenzione, egli dice, varrà come servitù (2). Demolombe fa dire a Coepolla che anche nel caso in cui il venditore avesse due case, non risulterebbe da questa convenzione che un diritto di obbligazione, ed aggiunge che questa soluzione gli sembra anche oggidì *generalmente* esatta. Indi il giureconsulto francese domanda se la clausola in virtù della quale il proprietario di una casa avesse il diritto d'impedire al proprietario di un terreno vicino di esercitare un'industria rivale alla sua, *potrebbe, secondo i casi*, costituire una servitù (3. Ma è sì o no? Noi citiamo questo esempio per mettere in guardia i

(1) Pardessus, t. I, p. 25, n. 10. Demolombe, t. XII, p. 182, n. 679.
(2) Coepolla. *Tractatus de servitutibus*, I, 12, 1, p. 19.
(3) Demolombe, t. XII, p. 185, n. 685.

nostri giovani lettori contro un linguaggio vago, a doppio senso, che permette di decidere pro e contro ad un tempo. La questione è di principii e bisogna rispondervi categoricamente. Noi non ammettiamo la distinzione di Coepolla. Un fondo non è nè commerciante nè industriale, ma necessariamente agricolo; è per attitudini speciali che si diviene industriale o commerciante; è dunque per una professione speciale che si stipula l'onere consistente nel tener lontani i concorrenti; tutto ciò è personale e non può far luogo che ad una obbligazione personale (1).

La giurisprudenza è esitante come la dottrina. La clausola di un contratto di vendita proibisce di convertire un frantoio di olive in un molino da macinare segale. É stato deciso che questa convenzione non ha per obbietto che la concorrenza e la limitazione dell'industria, che perciò non possiede alcuno di quei caratteri che costituiscono un servizio prediale, che non può risultarne dunque se non un'obbligazione personale (2). Ad un caso analogo fu data la medesima soluzione. Un proprietario esercita nel proprio fondo l'industria di estrarre le ceneri piritiche che quello contiene; egli vende al suo antico amministratore un molino il cui sottosuolo contiene pure delle polveri minerali utili all'agricoltura. Fu convenuto nell'atto di vendita che « l'acquirente od i suoi aventi causa non potrebbero sotto qualsiasi pretesto fare alcuna estrazione di tali polveri dai terreni venduti, senza il consenso del venditore, condizione senza la quale la vendita non avrebbe avuto luogo ». La Corte di Amiens decise che questa convenzione non costituiva una servitù, poichè non era stabilita per l'utilità di un altro fondo, che essa aveva unicamente per obbietto di mettere il venditore al sicuro da una concorrenza che il compratore poteva fargli nell'esercizio della sua industria; donde la Corte conchiuse che l'obbligazione contratta dal compratore fosse puramente personale. Prodotto ricorso, la Corte di cassazione confermò la sentenza, ma senza decidere la questione in via di massima (3).

Vi è una sentenza in senso contrario della Corte di cassazione. Un proprietario censisce un terreno vicino ad una casa in cui il locatore esercita un albergo; l'affittuario s'interdice in perpetuo, per sè e suoi, di tenere o far tenere albergo nelle case che vi sarebbero costruite. In ispregio di questa clausola il locatario di uno degli edifici vi apre un'osteria. La Corte di appello di Rouen giudicò che la clausola proibitiva era nulla perchè violava la libertà dell'industria e del commercio proclamata dalla costituzione. Prodotto ricorso, la decisione fu cassata;

---

(1) Confronta Pardessus, t. I, p. 32 e seg., n. 11.

(2) Bruxelles, 8 marzo 1809. Nel medesimo senso, Liegi, 26 agosto 1811 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 24, 1.° e 2.°).

(3) Amiens, 19 febbraio 1851 (Dalloz, 1851, 2, 109). Sentenza di rigetto dell'8 luglio 1851 (*Ibid.* 1851, 1, 188).

la Corte di cassazione riscontrò in questa clausola una servitù reale (1). Ci sembra che vi sia errore da una parte e dall'altra. Non era una servitù, poichè la convenzione aveva unicamente per scopo di escludere la concorrenza. La clausola non era nulla poichè concerneva solo interessi privati intorno ai quali le parti possono fare quelle convenzioni che stimano opportune.

150. Al contrario, vi sarebbe vera servitù nel caso in cui il proprietario di due case ne venda una sotto la condizione che il compratore od i suoi aventi causa non vi stabiliranno mai un'osteria. Qui si può applicare la distinzione di Coepolla. Lo stipulante ha una casa vicina a quella che vende ed alla quale impone l'onere. Considerato passivamente, tal peso è uno smembramento della proprietà; il compratore ha il diritto, come proprietario, di fare della sua casa ciò che vuole, di stabilirvi un'osteria, se tale è il suo beneplacito; l'onere a cui si assoggetta restringe il suo diritto. Questa restrizione cui sottomette il suo fondo ha per obbietto l'utilità del fondo del venditore. Infatti, le osterie sono una causa di molestia pel vicinato; il chiasso, le dispute, spesso la danza e la musica turbano il riposo dei vicini. Il fondo a cui vantaggio l'onere è stipulato ne vien dunque migliorato. Ecco i caratteri della servitù (2).

Sarebbe altrimenti se l'onere non procurasse alcuna utilità apprezzabile al fondo cui è stato imposto. Così io non posso stipulare a titolo di servitù che il compratore o il proprietario vicino non stabilirà nella casa una scuola o non vi fonderà un convento. Una scuola può non convenire ai gusti dello stipulante, un convento può essere antipatico ad un altro; ma sono ripugnanze personali, che nulla han di comune col miglioramento del fondo dominante; il chiasso che fanno gli scolari non può essere paragonato ai saturnali di un'osteria. La questione è dunque decisa dall'utilità che l'onere procura al fondo. Se il fondo dominante fosse un ospedale che, in causa della sua destinazione, deve godere della più profonda tranquillità, si potrebbe stipulare, a titolo di servitù, che i vicini non vi stabiliranno una professione rumorosa. Una simile stipulazione produrrebbe anche una servitù se fosse fatta a vantaggio di un privato, purchè le professioni escluse siano realmente incomode al vicinato. Vi sarebbe una restrizione a fare quando il motivo di disturbo fosse puramente personale ad un determinato vicino, per esempio uno studioso od un infermo; in questo caso

---

(1) Sentenza di Cassazione del 4 frimaio anno III (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 51).

(2) Pardessus, t. I, p. 31, n. 11. Vedi sentenza del tribunale di Gand del 23 aprile 1860 (*Belgique judiciaire*, XVIII, p. 792). Questa sentenza non è contraria alla nostra opinione, poichè è resa in una specie in cui il divieto aveva per obbietto di escludere la concorrenza. Essa rientra dunque nella quistione discussa al n. 149.

l'onere sarebbe stipulato a vantaggio della persona, e per conseguenza non creerebbe servitù.

151. La Corte di cassazione si è trovata in conflitto con due Corti d'appello nella interpretazione d'un contratto, in cui le Corti imperiali han riscontrato una servitù e la Corte suprema una obbligazione. Gli abitanti di un comune godevano, da tempo immemorabile, del diritto di tagliar pali in una foresta. Nel 1828 intervenne, tra il proprietario della foresta ed il comune, una transazione di cui ecco la sostanza: il comune rinunciava al suo diritto detto di *prender pali* ed a tutti gli altri usi posseduti nel bosco sopramenzionato; il proprietario si obbligava a fornire attualmente ed in perpetuo al comune 320,000 pali; il bosco era vincolato d'ipoteca a garanzia di questa obbligazione. Nel 1853, essendosi venduto il bosco a diversi proprietari, uno dei compratori si pose a dissodarlo. Il comune sostenne che il dissodamento fosse un attentato al suo diritto di servitù. Donde la questione di sapere se eravi realmente una servitù. La Corte di Dijon ebbe a pronunziarsi in favore del comune. L'onere, essa dice, è imposto ad un fondo per l'utilità di altri immobili; esso segue il fondo serviente presso chiunque lo possegga; tutto è dunque reale in questa convenzione e perciò vi è servitù. No, dice la Corte di cassazione; poichè la transazione ha avuto per scopo e per effetto d'abolire il diritto di uso, diritto reale, e di surrogarlo con una prestazione annuale di pali ch'è un diritto di obbligazione: la prova di ciò sta nel fatto, che il comune dichiara di non pretendere più per l'avvenire nè l'esercizio del diritto di recidere i pali nè qualsivoglia altro uso (1). La Corte di Lione adottò il parere della Corte di Digione, e noi crediamo che abbia ben deciso. Si trattava di sapere se il comune avesse rinunziato al suo diritto reale d'uso; ora, i motivi per cui le parti transigettero ed i termini stessi della transazione dimostrano che tale non era la loro intenzione. Gli abitanti tagliavano essi medesimi i pali, senza distinzione di specie permesse e di specie proibite, e ciò con grave danno del bosco. Si convenne dunque un nuovo modo d'esercitare il diritto di avere i pali, come dice formalmente l'atto di transazione. Ciò decide la questione, poichè il diritto di prendere i pali è un diritto reale, e non cambia natura col cangiamento del modo di esercizio. Vi erano, per vero, nella transazione, espressioni che si potevano interpretare nel senso dato loro dalla Corte di cassazione, ma non si dovevano isolare dall'obbietto essenziale della convenzione su cui non poteva cader dubbio. Non si produsse ricorso contro questa decisione della Corte di Lione; ma il comune impugnò la sentenza in quanto aveva pronunziato che la servitù di prendere i pali non impe-

(1) Digione, 7 dicembre 1855 e sentenza di Cassazione del 20 luglio 1857 (Dalloz, 1857, 1, 402).

diva ad uno degli acquirenti di dissodare la sua quota, e la Corte di cassazione gli diede piena ragione. L'articolo 701 è formale: il proprietario del fondo serviente non può fare nello stato dei luoghi alcun mutamento tendente a diminuire la portata della servitù e le garanzie accordate per assicurarne l'esercizio (1). Noi ritorneremo su questo punto.

Si domanda come i tribunali dovranno decidere in caso di dubbio, e i dubbî non mancano in questa materia. Si presumerà che vi sia piuttosto servitù reale che diritto di obbligazione o servitù personale? Taluno pretende che si debba supporre che le parti abbiano voluto costituire una servitù reale (2). Ci sembra che non sia lecito di presumere nulla, dal momento che la legge non stabilisce alcuna presunzione, e queste non possono esistere senza una disposizione formale. Spetta al giudice interpretare gli atti, ricercando l'intenzione delle parti. Egli non è vincolato da alcuna legge, salvo le disposizioni che il codice contiene sull'interpretazione delle convenzioni. L'articolo 1156 prescrive: « Nei contratti si deve indagare qual sia stata la comune intenzione delle parti contraenti, anzi che attenersi al senso letterale delle parole ». Non bisogna dunque annettere grande importanza alle parole di servitù o di obbligazione di cui le parti si servono; è la natura del diritto, l'utilità che si ha avuta in vista che bisogna considerare a preferenza. L'articolo 1157 stabilisce un'altra regola: « Quando una clausola ammette due sensi, si deve intendere in quello per cui può la medesima avere qualche effetto, piuttosto che in quello, per cui non ne potrebbe produrre alcuno ». Se dunque una convenzione stabilisce un onere sopra un fondo a titolo di diritto reale, ma che siavi dubbio sul punto di sapere se l'onere è stipulato a vantaggio della persona o di un fondo, bisogna pronunciarsi per la servitù reale, poichè, a termini dell'art. 686, la stipulazione di una servitù personale è nulla.

N. 3. — Realità della servitù.

152. Il codice considera la servitù come un onere che grava il fondo serviente. La si può altresì considerare come un diritto costituito in favore del fondo dominante. Pothier la definisce così: la servitù è il diritto che ha il proprietario d'un fondo sopra un fondo vicino per la comodità del suo. Domat dice inoltre che la servitù è un diritto che assoggetta un fondo a

---

(1) Lione, 8 luglio 1858 e sentenza di Cassazione del 7 marzo 1862 (Dalloz, 1862, 1, 293).

(2) Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 28.

qualche servigio per l'uso d'un altro fondo. Egli è dei diritti reali come delle obbligazioni: non vi è obbligazione senza un diritto correlativo, non si concepisce un debitore senza un creditore. Similmente se un fondo è gravato d'un onere, ciò suppone un altro fondo per la cui utilità l'onere è stabilito. Diciamo un altro fondo, poichè, a termini dell'art. 686, la servitù non può essere costituita a vantaggio della persona. In materia d'obbligazioni, è un solo e medesimo diritto che dicesi credito quando è attivo, e debito quando è passivo. La servitù altresì è la medesima, sia che la si consideri passivamente come un onere, od attivamente come un diritto; ciò che la caratterizza, è la realità; l'onere è reale e reale è il diritto. Essa è classificata fra i diritti che sono immobiliari per l'obbietto cui si riferiscono (art. 526). A differenza dell'usufrutto che può essere mobiliare od immobiliare, le servitù sono necessariamente immobiliari, poichè si esercitano sempre sopra un fondo ed a vantaggio di un fondo.

Un'altra differenza va ancor fatta fra le servitù personali e le servitù reali. Le prime sono diritti staccati dalla proprietà, che si trova smembrata; il proprietario non porta più questo nome, ma lo si chiama nudo proprietario; una parte del suo diritto appartiene all'usufruttuario od all'usuario, i quali in questo senso sono egualmente proprietarii. Anche della servitù può dirsi che sia una proprietà; ma questa proprietà non ha esistenza distinta, separata dal fondo dominante: come dicono i giureconsulti romani, le servitù sono qualità del fondo dominante e del fondo serviente (1), e non si concepisce che una qualità venga staccata dalla cosa. Donde segue che a differenza dell'usufrutto, le servitù non possono essere vendute nè locate separatamente dal fondo dominante, nè per conseguenza ipotecate. Esse seguono il fondo, sia come diritto, sia come onere.

153. Il diritto di seguito è una conseguenza della realità della servitù. Una qualità rimane inerente al fondo per qualunque mano questo passi. Non è necessario che la servitù sia dichiarata nell'atto traslativo di proprietà, sia del fondo dominante, sia del fondo serviente: il fondo è trasmesso con le sue qualità. Ciò è tanto elementare ch'è pressochè inutile citare autorità di sorta (2). Tuttavia bisogna notare che la nostra nuova legge ipotecaria ha apportato una grave deroga al codice civile. Gli atti traslativi di diritti reali immobiliari debbono essere trascritti; finchè nol sono non possono essere opposti ai terzi di buona fede. (Art. 1 della legge 16 dicembre 1851). Ritorneremo su questo principio.

---

(1) L. 26, D., *De verb. signif.* (L. 10).

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 64 e nota 15. Bisogna aggiungere una sentenza di Liegi del 13 marzo 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 56).

Il carattere reale della servitù la distingue profondamente dal diritto di obbligazione. Noi abbiamo menzionate le differenze che separano le servitù e il diritto di obbligazione (n. 148). È il fondo serviente ch'è gravato, non è la persona ch'è obbligata; mentre il debitore è tenuto a fare o a dare, il possessore del fondo serviente è solamente tenuto a soffrire od a non fare. Sotto questo rapporto, la sua condizione sembra più favorevole di quella del debitore; sotto altri aspetti, lo è meno. Il debitore, obbligato a fare, non può essere astretto a fare ciò che non vuol fare, la volontà dell'uomo essendo libera; ma colui che ha un diritto di servitù può esercitarlo direttamente sulla cosa che n'è gravata, nello stesso modo che il proprietario può usare del suo diritto ed infrangere la resistenza che incontra, invocando al bisogno l'autorità della giustizia e della forza pubblica che esegue le decisioni giudiziarie. Questo diritto rigoroso appartiene altresì al proprietario del fondo dominante. Chi possiede il fondo serviente non ha che un mezzo per sottrarsi all'onere imposto al suo fondo, cioè di abbandonarlo. Qui egli riprende vantaggio sul debitore: costui non può svincolarsi dalla sua obbligazione abbandonando la cosa che n'è l'obbietto; la sua persona è tenuta, e indefinitamente.

N. 4. — Perpetuità della causa.

154. La perpetuità della causa era un carattere essenziale delle servitù nel diritto romano. Siccome gl'interpreti non sono d'accordo sulla perpetuità della causa, si è tratto partito dai loro dissensi per accusare i giureconsulti romani di sottigliezze contrarie al buon senso (1). Crediamo inutile d'entrare in questa controversia. La legislazione moderna presenta abbastanza difficoltà senza che vi si aggiungano quelle che nascono dai testi del Digesto. Domat dice che le servitù sono perpetue (2), ed hanno ciò di comune con la proprietà. Ma la perpetuità non è dell'essenza della proprietà (3); non può essere dunque essenziale nelle servitù. Essendo la servitù una qualità del fondo deve partecipare della natura del diritto di proprietà di cui il fondo è l'obbietto, la qualità essendo inseparabile dal fondo. Sotto questo rapporto, le servitù reali differiscono dagli altri diritti reali; le servitù personali sono essenzialmente vitalizie; i diritti d'enfiteusi e di superficie hanno una durata limitata; le ipoteche non sono che un accessorio del debito principale, il quale è destinato ad estinguersi col pagamento. Perchè è egli altrimenti

(1) DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 41. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, p. 151.
(2) DOMAT, *Lois civiles*, lib. I, tit. XII, p. 123.
(3) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 101.

delle servitù prediali? Noi ne abbiamo detto il motivo giuridico: la qualità non può essere temporanea quando il diritto cui è annessa è perpetuo. Ciò ha pure un fondamento razionale. Il legislatore permette di staccare un'utilità che il proprietario potrebbe ricavare dal suo fondo per annetterla ad un altro fondo, poichè se il fondo serviente n'è diminuito, il fondo dominante n'è aumentato di valore. Ciò suppone che l'interesse dei proprietari esiga questo scambio di servigi; se si trattasse dell'interesse delle persone, esso è variabile e transitorio, come la vita; ma è per il fondo che la servitù è stabilita, ed i fondi non mutano; l'interesse del fondo è adunque, in generale, un interesse perpetuo: donde la perpetuità delle servitù. Ma non essendo la perpetuità essenziale alle servitù, più che nol sia alla proprietà, nulla impedisce di limitarne la durata. Noi ritorneremo su questo punto trattando della modalità delle servitù.

155. La perpetuità delle servitù determina una nuova differenza tra le servitù e le obbligazioni. Queste sono destinate ad essere estinte colla esecuzione; perciò il diritto di obbligazione cessa sol perchè è esercitato, potendo il creditore esigere l'adempimento della obbligazione ed essendo il debitore tenuto a pagare. In quella vece il proprietario del fondo dominante può sempre esercitare il suo diritto; anche quando lo ha comperato, non può essere costretto al riscatto, salvo che non l'autorizzino la legge o la convenzione. È perciò che il diritto di pascolo, quando è fondato sopra un titolo, può essere riscattato (1). Ma fuori di queste eccezioni, nessuno può essere astretto a cedere la sua proprietà, se non per causa di utilità pubblica. Ne risulta una differenza tra le servitù e le ipoteche; queste possono essere cancellate in virtù di una procedura particolare che si chiama la purgazione. La ragione sta in ciò che esse non sono che l'accessorio di un credito. Al contrario, le servitù sono una proprietà, e la proprietà non può cancellarsi.

N. 5. — Indivisibilità delle servitù.

156. Le servitù sono indivisibili? L'indivisibilità è la materia più oscura del codice; nella sua applicazione alle servitù, essa divide i principii della scienza. Ascoltiamo Pothier: « I diritti di servitù reale sono indivisibili, e non sono suscetibili di parti nè reali, nè intellettuali; poichè ripugna che un fondo abbia parzialmente sul fondo vicino un diritto di passaggio, un diritto di veduta o qualunque altro diritto di servitù, e ripugna similmente che un fondo ne sia gravato solo in parte. » Pothier

(1) Legge 28 settembre — 6 ottobre 1791, art. 8. Aubry e Rau, (t. III, p. 4, nota 18) porgono ancora altri esempi.

prevede l'obbiezione che si può fare, dal punto di vista pratico, contro la teoria dell'indivisibilità, e vi risponde: « L'uso d'un diritto di servitù può ben essere limitato a taluni giorni, a talune ore; ma questo diritto, il cui uso è in tal guisa limitato, è un diritto di servitù, e non una porzione di diritto » (1). Pothier s'esprime con un tono di certezza che sembra escludere qualunque dubbio. Tuttavia egli sapeva bene che Dumoulin, l'oracolo del diritto consuetudinario, professava l'opinione contraria, e che Dumoulin aveva trovato la chiave del laberinto dell'indivisibilità; si sa che tale è il titolo da lui stesso dato al suo trattato sulla indivisibilità delle obbligazioni, trattato che Pothier non ha fatto che riassumere. Ebbene, in questo trattato, egli sostiene contro tutti che talune servitù sono altrettanto divisibili quanto il denaro. Perchè l'illustre giureconsulto assume un'aria di sfida enunciando un parere contrario affatto all'opinione generale? « *Fremant omnes licet* », egli esclama (2). Gli è perchè aveva contro di lui gli interpreti del diritto romano; il più profondo di tutti, Donello, non esita ad insegnare, imitando Ulpiano, che le servitù reali sono indivisibili per loro essenza, e tale è ancora oggidì l'opinione più accreditata fra i romanisti (3). Chi ha un diritto di passaggio può passare forse per un terzo o per un quarto? Si concepisce che il diritto di veduta si eserciti per metà? Forse che la servitù di non costruire ha delle parti?

157. Donde proviene questo dissenso e su che versa? Non si è d'accordo su quello che bisogna intendere per un diritto indivisibile, nè sulle conseguenze della indivisibilità. Gli autori del codice hanno proceduto come conviene a legislatori; lasciando da parte la teoria, non hanno neppur pronunciata la parola indivisibilità nel titolo delle *Servitù,* ma gli articoli 700, 709 e 710 consacrano le applicazioni più comuni della dottrina insegnata da Pothier. Noi ritorneremo su questo punto: pel momento, ci basterà di constatare i principii da cui derivano le conseguenze che il legislatore francese ha formulate. Le servitù reali sono indivisibili nel senso che non possono acquistarsi per una quota-parte matematica; non si concepisce neppure che si comperi un quinto del diritto di passare per un fondo, nè che si possieda e si prescriva un quinto del diritto di veduta sopra un fondo. E ciò che è vero dell'acquisto del diritto è altresì vero dell'estinzione delle servitù. Le servitù sono ancora indivisibili nel senso che sono dovute a ciascuna parte del fondo dominante, e che affettano ciascuna parte del fondo ser-

---

(1) Pothier, *Coutume d'Orléans,* introduzione al titolo *Delle servitù,* t. XIII, num. 3.

(2) Dumoulin, *Tractatus de dividuo et individuo,* parte III, n. 290.

(3) Donellus, *Commentaria,* XV, 6, 5 (t. IX, dell'edizione del 1826, p. 50). Elvers, *Die römische Servitutenlehre,* § 55, p. 543.

viente. Ciò non impedisce, come ha detto Pothier, che l'esercizio delle servitù possa essere limitato quanto al luogo, al tempo ed al modo. E poichè ciò può farsi per convenzione, può farsi altresì per prescrizione. Crediamo inutile di combattere le opinioni contrarie, poichè il dissenso non versa che su astrazioni; sulle singole applicazioni, sono tutti d'accordo (1).

§ III. — *Differenza tra la servitù e la proprietà.*

N. 1. — Della proprietà esclusiva.

158. A primo aspetto, si potrebbe credere che sia impossibile di confondere la proprietà colla servitù, la quale non ne è che uno smembramento. Vi sono tuttavia molti casi in cui un solo e medesimo diritto può avere le apparenze d'una servitù o d'una proprietà. Citeremo un esempio che ebbe a presentarsi innanzi la Corte di cassazione. Un proprietario cede a titolo di enfiteusi (*albergement*) (2) due terreni, mediante un'annua prestazione, e coll'obbligo da parte dell'enfiteuta di *conservare un viale* che traversava uno dei due terreni locati e di surrogare gli alberi che perissero. Il concedente erasi riserbato il viale a titolo di proprietà o a titolo di servitù? In quest'ultima ipotesi il diritto poteva estinguersi con la prescrizione, mentre la proprietà non si perde pel non uso. Questo era l'interesse della questione. La Corte di Grenoble ritenne che la clausola del contratto non poteva essere considerata come una riserva della proprietà del suolo del viale, che era una servitù imposta al fondo il quale rimaneva soggetto al diritto di passaggio, e nel contempo un onere personale imposto all'enfiteuta di conservare la piantagione che formava il viale. Ora gli enfiteuti non avendo fatto più lavori di manutenzione da oltre trent'anni, la sentenza li dichiarò affrancati da questa obbligazione. Prodotto ricorso venne rigettato, essendo l'interpretazione dei contratti lasciata all'apprezzamento del giudice di fatto (3).

159. Si vede qual sia l'interesse della questione che abbiamo enunciata. Al titolo dell'*Usufrutto,* abbiamo avvertita la notevole differenza che separa la proprietà dalle servitù; l'una è al sicuro d'ogni perdita ancorchè il proprietario trascurasse per

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 64 e note 19, 20 e 21. Confronta, in senso contrario, PARDESSUS, t. I, p. 60, nn. 22, 23 e 24. TOULLIER, t. VI, nn. 783 e seg.

(2) È questo il nome che davasi nel Delfinato alla locazione enfiteutica (MERLIN, *Répertoire,* alla parola *Albergement*).

(3) Sentenza di rigetto del 15 febbraio 1842 (DALLOZ, alla parola *Preuve,* numero 52).

più di trent'anni di far uso del proprio diritto, mentre le altre si estinguono col non uso come le obbligazioni s'estinguono con la prescrizione (n. 60). Una differenza v'è pure per ciò che concerne l'acquisto della proprietà e delle servitù: quella può acquistarsi con la prescrizione, e quando si tratta di mobili corporali, anche con un possesso istantaneo, mentre le servitù discontinue o non apparenti non s'acquistano che per mezzo d'un titolo. S'intende da sè che vi è poi una differenza capitale, fra il diritto del proprietario e il diritto del padrone del fondo dominante; l'uno gode e dispone della cosa nella maniera più assoluta, l'altro non ha che uno smembramento di questo diritto assoluto, e deve restringersi ai limiti precisi del suo diritto (1).

160. È dunque importantissimo di conoscere se un diritto è costituito a titolo di proprietà o a titolo di servitù. Come distinguere l'una dalle altre? Bisogna anzitutto consultare il titolo costitutivo del diritto. Nella specie che noi abbiamo riferita (n. 158), l'atto risolveva in modo abbastanza chiaro la difficoltà. Colui che aliena un fondo imponendo all'acquirente l'onere di *conservare* un passaggio, grava per ciò appunto di questo passaggio il terreno venduto; infatti, egli non si riserva la proprietà del terreno attraverso il quale si effettuerà il passaggio; esso quindi rimane compreso nell'alienazione e diviene proprietà dell'acquirente: perciò il passaggio non può essere che una servitù. La questione è più difficile quando il diritto è acquisito per prescrizione. Si può acquistare per prescrizione la proprietà del sottosuolo, come una cava di pietre, un pozzo, un letamaio: l'art. 553 lo suppone. Si può acquistare altresì per prescrizione il diritto di servirsi della cava di pietre, del pozzo o del letamaio, a titolo di servitù continua ed apparente. Come si distinguerà il possesso a titolo di proprietà da quello a titolo di servitù?

Si dice che la proprietà è una cosa corporale, mentre la servitù è un diritto, una qualità attiva o passiva del fondo. La distinzione è puramente teorica, ed è anche contestabilissima, poichè anche la proprietà è un diritto reale, ed il più considerevole di tutti; essa si esercita sopra una cosa corporale, ma lo stesso è pure della servitù. Nell'antico diritto, si ammetteva esservi piuttosto proprietà che servitù, quando vi è incorporazione, costruzione sul fondo vicino, e decidevasi in conseguenza che colui il quale costruisce un acquedotto sul fondo altrui, o che incorpora una grondaia in un edificio appartenente ad un altro, faccia un atto di proprietario; donde si concludeva che i diritti di stillicidio e d'acquedotto potevano acquistarsi per prescrizione, anche quando le servitù non si acquistavano

(1) DEMOLOMBE, t. XII, p. 173, n. 672.

col possesso (1). Si pretende che lo stesso sia a dirsi sotto l'impero del codice civile, nel senso almeno che la costruzione fa presupporre il diritto di proprietà (2). Ciò si legge in una sentenza della Corte di cassazione, che invoca l'art. 712 (3). Noi crediamo che la Corte abbia male interpretato questo articolo: esso stabilisce che la proprietà s'acquista per *accessione od incorporazione,* e per prescrizione. La legge considera dunque l'*incorporazione* come una specie d'*accessione,* lo che ha riferimento all'art. 553, il quale decide effettivamente che vi è accessione per effetto della costruzione o dell'incorporazione (4). Perciò l'art. 712 dev'essere lasciato da parte come estraneo alla questione, la quale non è neppure risolta dall'art. 553: invero i lavori possono essere eseguiti tanto per la costituzione d'una servitù, quanto per l'acquisto della proprietà. In conclusione, è la natura del possesso che deciderà. È dunque una questione di fatto. Altro è il possesso a titolo di proprietario, titolo esclusivo, assoluto; altro è quello a titolo di servitù, titolo eccezionale, limitato, che implica un diritto superiore di cui non è che uno smembramento. I giudici apprezzeranno. La medesima difficoltà presentasi in caso di comproprietà; noi vi ritorneremo più innanzi.

161. L'applicazione di questi principii ha dato luogo ad una controversia ch'è stata portata davanti la Corte di cassazione. Noi diremo in appresso che le sorgenti sono oggetto di proprietà esclusiva a vantaggio del proprietario del terreno in cui scaturiscono. Ma il proprietario inferiore può acquistarvi un diritto, sia per titolo, sia per prescrizione. Qual'è la natura di questo diritto? è una proprietà? è una servitù? Nella specie decisa dalla Corte di cassazione, vi era un titolo, una transazione intervenuta nel 1865; il proprietario inferiore aveva bisogno delle acque per la irrigazione delle sue praterie, la transazione gli attribuiva la totalità di queste acque, mediante la permuta d'un prato contro terreni di maggiore estensione. La Corte di Grenoble, interpretando questa convenzione, decise che essa conferiva al proprietario inferiore un diritto di proprietà sulle vene alimentatrici della sorgente che trovavansi nel fondo superiore. Ne risultava una conseguenza importantissima: il proprietario del fondo superiore vi aveva fatto lavori che avevano impedito al proprietario inferiore di valersi delle acque, e sosteneva che il diritto alle acque fosse estinto col non uso. Fu deciso che il non uso non può far perdere il diritto di proprietà (5).

---

(1) LALAURE, *Traité des servitudes réelles,* lib. I, cap. IX, pag. 170.
(2) TOULLIER, t. II, p. 203, n. 469 *bis.*
(3) Sentenza di rigetto del 22 ottobre 1811 (DALLOZ, alla parola *Servitude,* numero 36).
(4) DUVERGIER su TOULLIER, t. II, p. 204, nota.
(5) Sentenza di rigetto del 13 giugno 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 447).

N. 2. — Della comproprietà.

162. La somiglianza che abbiamo ora osservata fra la servitù e la proprietà, si presenta ugualmente e più spesso tra la comproprietà e la servitù. Regna su questa materia qualche incertezza nella giurisprudenza, e la dottrina è altrettanto dubbiosa ed oscura. Crediamo che si debba distinguere anzitutto il caso in cui le parti interessate hanno formalmente stipulata la comproprietà di una cosa, da quello in cui l'uso d'una cosa è comune tra più persone, senza che si sappia se a titolo di servitù o di comproprietà. Avviene talvolta che i proprietari, vendendo o dividendo un fondo, ne riservino una parte accessoria pel loro uso comune: ciò accade pei viali, i viottoli, i cortili, le fosse luride od i pozzi destinati al servizio di più case; ciò può avvenire altresì per i passaggi, sentieri strade, scorciatoie affette all'esercizio di diversi fondi o dominii. In questa prima ipotesi, la comproprietà è certa, poichè supponiamo che l'atto la stipuli. Questa comproprietà è regolata da principii particolari su cui avremo occasione di ritornare (1). Così è generalmente ammesso che se la cosa comune è indispensabile ai diversi comproprietari pel servizio o la coltivazione dei loro fondi, non può applicarsi l'art. 815, a termini del quale nessuno può essere astretto a rimanere in comunione, e per conseguenza non potrà essere domandata la divisione. Decidendo così le Corti hanno assimilata questa comproprietà ad una servitù reciproca. È ciò esatto?

La Corte di cassazione si è pronunziata in tai sensi in via di massima. Ogni volta, essa dice, che tra due fondi, posseduti da diversi proprietari, esiste un oggetto accessorio, una dipendenza talmente necessaria all'esercizio delle proprietà principali, che, senza il suo comune possesso e godimento, queste proprietà non si potrebbero usare, ovvero l'uso ne sarebbe notevolmente diminuito, allora per non sacrificare il principale all'accessorio, non può farsi luogo alla divisione del detto accessorio, ed i due proprietari presumonsi rimanere, a questo riguardo, meno in una comunione che in una *servitù reciproca* dell'uno verso l'altro » (2). La Corte di cassazione ha applicato questo principio ad un atto di divisione nel quale era stipulato che il portone e il cortile rimarrebbero comuni fra i condividenti: non si tratta già di una comunione, dice la sentenza, ma d'una *servitù reciproca* d'uno dei proprietari verso l'altro (3).

---

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 411 e seg., e note 1, 3.

(2) Sentenza di rigetto del 10 dicembre 1823 (Dalloz, alla parola *Succession*, n. 1520). Nel medesimo senso, Duranton, t. V, p. 141, n. 149.

(3) Sentenza di rigetto del 21 agosto 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, numero 33, 2.°)

Questa assimilazione della comproprietà alla servitù è affatto inammissibile. Essa è contraria al principio elementare di diritto, secondo cui nessuno può avere servitù sulla cosa sua propria. I proprietarii si valgono della cosa ch'è rimasta comune fra di loro a titolo di proprietà, poichè se ne sono espressamente riservato il dominio; il che esclude qualunque idea di servitù. La differenza non è di parole, poichè i principii che regolano la comproprietà e la servitù sono in taluni punti essenzialmente diversi, come già abbiamo detto della proprietà. La comproprietà è inconciliabile con qualunque idea di servitù. Così ha infatti deciso la Corte di cassazione in una specie più recente, ricusando d'applicare alla comproprietà l'art. 701 che regola le servitù. In una divisione era stato riservato un passaggio come pertinenza necessaria di ciascuna delle quote; la Corte dice benissimo che ciò non poteva dar luogo ad alcuna servitù, poichè non eravi nè fondo dominante, ne fondo serviente. Che ne risultava dunque? Il passaggio era indiviso, vale a dire proprietà comune prima della divisione; escluso dalla divisione, esso rimase ciò che era prima, proprietà indivisa, comune fra i condividenti (1).

163. Si dirà dunque che quando una cosa accessoria serve a più fondi principali, debba essere considerata come una pertinenza di questi fondi, e per conseguenza come una cosa comune od una comproprietà in tutti i casi? No; bisogna anzitutto distinguere se vi è titolo o meno. Se, in un atto di vendita o di divisione, le parti stipulano che una certa uscita od un certo viale, pur rimanendo proprietà d'uno dei contraenti, servirà all'uso di tutti gli altri, è certo che vi sarà servitù riguardo a coloro che useranno della cosa senza esserne proprietari, a vantaggio dei loro fondi; questi fondi saranno i fondi dominanti, e la cosa sulla quale si eserciterà il diritto d'uscita o di passaggio sarà il fondo serviente. Il proprietario della porta o del viale se ne servirà ugualmente, ma a titolo di proprietà. Ne seguirà che la stessa cosa sarà obbietto di proprietà esclusiva per uno dei vicini, e di un diritto di servitù per gli altri. Donde possono nascere conflitti d'interessi. Per contrario, non vi sarà più contestazione possibile sulla divisione della cosa, dacchè essa non sarà più comune, ed il diritto di servitù assicurerà ai proprietari dei fondi dominanti il vantaggio che essi volevansi riservare, le servitù essendo perpetue e non potendosi riscattare (n. 155).

Da ciò emerge che lo stesso ed identico uso di una cosa, l'uscita od il passaggio, può essere stipulato, sia a titolo di comproprietà, sia a titolo di servitù. È ciò che dice assai bene

---

(1) Sentenza di rigetto del 15 febbraio 1858 (DALLOZ, 1858, 1, 125). In questo senso, DALLOZ, *Répertoire*, alla parola *Servitude*, n. 34.

Toullier, e la cosa è di per sè evidente (1). « In luogo, egli scrive, di lasciare in istato di comunione forzata gli obbietti che servono a tutti, si può attribuirne la proprietà ad uno degli aventi diritto, gravandoli d'una servitù in favore dell'altro. Per esempio, procedendosi alla divisione di due case vicine, o d'una casa divisa in più piani, si può convenire che il pozzo, il cortile, ecc., rimarranno comuni; si può altresì pattuire che apparterranno ad uno degli eredi, e che saranno solamente gravati di servitù in favore dell'altro, il quale avrà diritto di attingere acqua al pozzo, di passare pel cortile, ecc. » Come potrà riconoscersi se il diritto d'uscita è stipulato a titolo di comproprietà o a titolo di servitù? Noi supponiamo sempre che vi sia un titolo. I tribunali avranno facoltà d'interpretarlo senza che si possa invocare una presunzione qualunque nè di servitù nè di comproprietà, poichè la legge non ne stabilisce alcuna.

È stato deciso che una via praticata sopra un terreno comune, e conservata dopo la divisione di questo terreno, deve essere considerata piuttosto come una comproprietà che come una servitù di passaggio. Infatti la strada, al momento in cui la si costruiva, era indivisa come il fondo, dunque comproprietà; per divenire proprietà esclusiva, avrebbe dovuto essere attribuita ad uno dei condividenti; pel solo fatto che fu conservata senza conferirla in alcuna delle quote, rimase, come era, indivisa, e perciò cosa comune a tutti (2). Al contrario è stato giudicato che se l'attore riesce solamente a provare un diritto di servitù, come il diritto di attingere acqua, non può reclamare la proprietà invocando talune espressioni equivoche che trovansi nell'atto stesso. Si parlava in una convenzione d'un pozzo *comune*, ciò che poteva intendersi di un pozzo il cui uso fosse comune: l'atto imponeva a colui che esercitava il diritto di attingere acqua l'obbligo di contribuire alla riparazione e ricostruzione del pozzo comune, il che, dice la sentenza, si spiega con le consuetudini sotto il cui impero la servitù fu costituita, e che regolano il modo col quale i vicini che hanno il diritto di attingere acqua debbono contribuire alla manutenzione del pozzo (3).

164. Abbiamo esposti i principii diversi che regolano la proprietà e le servitù (n. 159). Ciò che si disse della proprietà si applica pure alla comproprietà. Toullier dice che i diritti di comunione partecipano della natura dei diritti di servitù, in quanto sono dovuti piuttosto alla cosa che alla persona e si trasmettono quindi col fondo al nuovo proprietario (4). Ciò è

---

(1) TOULLIER, t. II, p. 208, n. 469 (edizione di DUVERGIER).
(2) Sentenza di rigetto del 25 aprile 18;5 (DALLOZ, 1855, 1, 160).
(3) Bruxelles, 13 marzo 1841 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 259).
(4) TOULLIER, t. II, p. 469, n. 207 (edizione di DUVERGIER).

evidente, poichè la proprietà è un diritto reale come la servitù: ma grande è la differenza che intercede tra la servitù e la proprietà.

La proprietà si acquista con la prescrizione; le servitù discontinue, come il passaggio, non s'acquistano che per mezzo di un titolo. Un terreno inghiaiato che serve di passaggio separa due case; è solo per questo passaggio che ciascuno de' due proprietari contigui può giungere alla sua casa ed alla sua scuderia. Uno di essi si pone a costruire un muro di cinta che chiuderebbe il terreno in questione. L'altro reclama ed invoca un possesso più che trentennale, continuo, non interrotto, a titolo di proprietario. A questa pretesa il convenuto obbietta che la servitù di passaggio non si può costituire colla prescrizione. Una sentenza della Corte di Pau, confermata dalla Corte di cassazione, decise che non si trattava d'una servitù, ma della comproprietà del terreno in litigio. Il lungo possesso, dice quel giudicato, provava che era intervenuta originariamente fra i due vicini una convenzione con cui si stabiliva che essi avrebbero goduto in comune la porzione di terreno necessaria perchè essi potessero giungere alle loro case rispettive; la prescrizione così acquisita faceva presumere l'esistenza d'un titolo, e dispensava dall'esibirlo (1). Era inutile, ci sembra, far ricorso ad una presunzione *juris et de jure*, allorchè la prescrizione acquisitiva tiene il luogo stesso del titolo. Se si fosse trattato di un diritto di passaggio, si sarebbe dovuto concludere che essendo la servitù discontinua non poteva acquistarsi con la prescrizione (2).

Le servitù si estinguono col non uso, mentre il proprietario conserva il suo diritto, quantunque rimanga più di trent'anni senza valersene. Una strada in comune prima della divisione è conservata come tale dopo la medesima; il diritto di passare si prescriverà pel non uso durante trent'anni? No, dice la Corte di cassazione (3); e ciò è incontestabile.

I diritti del comproprietario sono molto più estesi che quelli del proprietario del fondo dominante. Se si tratta d'una servitù d'attingere acqua, il proprietario ha solamente il diritto d'attingere acqua; non può lavarvi erbe e legumi, non può risciacquarvi biancheria. Colui che fosse comproprietario del pozzo potrebbe servirsi delle acque per tutti gli usi ai quali queste son destinate, colla sola condizione di non attentare all'egual diritto che ha il comproprietario di servirsi della cosa comune (4).

Il diritto di proprietà è assoluto, e la comproprietà conserva questo carattere colla limitazione che abbiamo or ora menzionata.

---

(1) Sentenza di rigetto del 10 gennaio 1842 (Dalloz, alla parola *Servitude*, numero 1107, 2.°).
(2) Bruxelles, 16 giugno 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 16).
(3) Sentenza di rigetto del 25 aprile 1855 (Dalloz, 1855, 1, 160).
(4) Bruxelles, 17 marzo 1841 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 258).

Non è lo stesso delle servitù; qui vi sono due diritti in conflitto, ed il legislatore cerca di conciliarli. In generale, il proprietario del fondo serviente nulla può fare che diminuisca l'uso della servitù; se tuttavia l'esercizio del diritto gli divenisse più oneroso o se gl'impedisse di migliorare il suo fondo, la legge gli permette di offrire al proprietario del fondo dominante un luogo altrettanto comodo quanto quello ch'era stato stipulato, per l'esercizio dei suoi diritti, e questi non potrebbe ricusarlo. Gli acquirenti di una possessione convengono nel dividerla, di lasciare in comune una via necessaria allo sgombero delle immondezze ed alla coltivazione dei beni divisi. Uno di essi divenuto proprietario, in conseguenza di acquisti successivi, dei quattordici diciottesimi della strada, offre a quelli che non gli avevano ceduto il loro diritto, di rilasciar loro un terreno eguale ai quattro diciottesimi di cui rimanevano proprietari e di fornir loro sul suo fondo un passaggio più comodo dell'attuale per giungere ai loro boschi. Costoro ricusarono. Essi ne avevano il diritto; un proprietario non può essere spossessato contro sua volontà, per quanto vantaggiosa possa essere la fattagli offerta. Ora, nella specie, vi era appunto comproprietà. La sentenza aggiunge che vi era altresì comunione forzata, e ne conchiude che si trattava d'una *servitù reciproca* a vantaggio di ciascuna delle parti (1). Ciò è contradditorio. Se vi fosse stata servitù, bisognava applicare l'art. 701; ora, la Corte decise precisamente che questa disposizione non poteva essere applicata al caso perchè eravi comproprietà, e questa non può coesistere colla servitù.

165. Eccoci giunti alle vere difficoltà della materia. Nella maggior parte dei casi non vi è titolo. Ciò accade per lo più delle strade inservienti alla coltivazione che esistono tra fondi rustici. Si legge in una sentenza della Corte di cassazione del Belgio che esistevano prima del codice civile ed esistono ancora oggidì un gran numero di queste vie. La Corte dice: « che esse debbono la loro esistenza al consenso reciproco dei proprietari vicini, i quali han preferito di mettere in comune e sacrificare il godimento di una porzione dei loro terreni anzichè trovarsi ostacolati nella coltivazione dei propri fondi » (2). Ciò è infatti probabilissimo, ma una probabilità non è una prova, essa non diviene tale se non quando il legislatore lo dichiari espressamente. Il codice avrebbe dovuto stabilire questa presunzione, ma non l'ha fatto. Che si dovrà decidere nel silenzio del legislatore?

Già nell'antico diritto, Lalaure scriveva di certi viottoli o piccoli sentieri che l'interesse comune dei proprietari aveva

(1) Parigi, 15 marzo 1856 (DALLOZ, 1857, 2, 11).
(2) Sentenza di rigetto del 25 febbraio 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 1, 131).

tracciato nei vigneti e nelle praterie per provvedere alla loro coltivazione; non bisogna, egli dice, riguardarli come servitù; sono piuttosto vie comuni a quelli che hanno terre, vigne e prati nella pianura. Egli ne conclude che il proprietario il quale avesse dei fondi tagliati da simili sentieri non potrebbe proibirne il passaggio ai suoi vicini sotto il pretesto che non esibiscono titoli. Su che fonda Lalaure la sua opinione? La ragione è semplice, egli risponde, cioè che questi sentieri mettono capo ad altri fondi, i quali non potrebbero essere coltivati senza di loro, di guisa che i proprietari dei fondi che li circondano, o che per meglio dire, li *comprendono,* sarebbero tenuti, secondo il diritto comune, a fornire il passaggio ai loro vicini (1). Lalaure suppone dunque delle proprietà intercluse, ed è perchè sono tali ch'egli decide che i relativi padroni hanno diritto di passare per un sentiero praticato nella pianura per giungere a tutti i fondi fronteggianti. Ma a qual titolo hanno essi il diritto di passare? A titolo di proprietà o a titolo di servitù? Lo hanno come proprietari, dice Lalaure. Ci sembra che la conclusione oltrepassi la premessa. L'interchiusura dà diritto al passaggio, ma solamente a titolo di servitù (art. 682), salvo alle parti, se lo vogliono, convenire che sarà ceduto il terreno istesso. Dal perchè i proprietari interclusi han diritto al passaggio, non si può dunque conchiudere che siano comproprietari del sentiero.

Tuttavia la dottrina di Lalaure è stata riprodotta sotto l'impero del codice, ed è consacrata dalla giurisprudenza. La Corte di Douai ha deciso che i sentieri i quali servono di via comune per la coltivazione si *presumono di diritto* appartenere ai fondi cui mettono capo, e che questa presunzione di diritto suppone una convenzione primitiva fra tutti i vicini (2). La Corte di Poitiers dice che « le vie, i viottoli e sentieri destinati alla coltura dei campi, come i viottoli contigui o divisori di abitazioni inservienti alla coltivazione, si *reputano* appartenere in comune ai proprietari fronteggianti di cui traversano o delimitano i fondi, salvo *titoli* o *indicazioni* che provino il contrario » (3). In un'altra sentenza della medesima Corte è detto che vi è *presunzione* di comproprietà e non di servitù (4). La massima ha finito per passare in assioma. « É *principio,* dice la Corte di Agen, che una strada di servizio sia comproprietà di tutti i proprietari laterali » (5). Ciò non è ammissibile affatto. La *presunzione di diritto* invocata dalla giurisprudenza altra cosa non è che una presunzione *legale,* e come vi sarebbe

(1) LALAURE, *Traité des servitudes,* lib. III, cap. VII, p. 233 e segg.
(2) Douai, 9 gennaio 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude,* n. 33, 4.°).
(3) Poitiers, 10 febbraio 1853 (DALLOZ, 1853, 2, 152).
(4) Poitiers, 15 maggio 1856 (DALLOZ, 1856, 5, 426).
(5) Agen, 4 marzo 1853 (DALLOZ, 1854, 5, 695).

una presunzione *legale* senza legge? Non essendovi presunzione si rimane nel campo del diritto comune. Tocca dunque all'attore di provare il fondamento della sua domanda. Egli pretende di essere comproprietario e non ha titolo che stabilisca questo suo diritto; non gli rimane quindi che provare la prescrizione acquisitiva mediante un possesso a titolo di proprietario, continuo e non interrotto per trent'anni.

166. Tal'è il principio; ma l'applicazione presenta serie difficoltà. È così grande l'analogia tra il possesso di un passaggio a titolo di proprietario ed il possesso a titolo di servitù! Come distinguerli? Io mi valgo durante trent'anni di un sentiero rurale: vi passo come comproprietario del sentiero o come proprietario di un fondo dominante? Si dice che non può farsi questione di servitù quando il litigio cade sopra l'uso di un sentiero rurale, perchè manca la condizione essenziale richiesta onde vi sia servitù; non vi è fondo dominante nè fondo serviente (1). Ciò equivale a dire, come fa Lalaure, che vi è sempre comproprietà; per meglio dire, si va oltre il pensiero dello stesso Lalaure, e si crea una presunzione di comproprietà che il codice ignora. Un passaggio non può essere forse costituito a titolo di servitù? Ed un sentiero inserviente alla coltivazione non è forse un passaggio? É, senza dubbio, probabile che vi sia stata una convenzione tra le parti interessate, come dice la Corte di cassazione del Belgio; ma occorre ripetere che una probabilità non è una prova? Può darsi che il terreno di recente diviso abbia appartenuto in origine ad un sol proprietario; il sentiero inserviente alla coltivazione sarà stato dunque originariamente una proprietà esclusiva. Indi la proprietà è stata frazionata in conseguenza d'una vendita o d'una divisione. Che si è convenuto all'atto di questa divisione? Lo s'ignora non essendovi titolo. Sempre però il sentiero può essere divenuto la proprietà esclusiva del compratore, riservandosi il venditore un semplice diritto di servitù, ovvero può essere divenuto proprietà esclusiva di uno dei condividenti, salva la riserva d'un diritto di passaggio per gli altri. Non si può dunque sostenere in modo assoluto che vi sia necessariamente comproprietà. Perciò la difficoltà sussiste, ed è una difficoltà di fatto. Si tratta di apprezzare gli atti di possesso stabiliti da colui che si pretende proprietario; provano essi la proprietà? o non provano invece che un diritto di passaggio? Il tribunale deciderà secondo le circostanze della causa.

167. Nella specie decisa dalla Corte di cassazione del Belgio si trattava di un sentiero rurale destinato al servizio dei fondi che appartenevano alle parti in causa. La Corte di Gand, pur

(1) Requisitoria dell'avvocato generale Dewandre, nella causa decisa con la sentenza del 25 febbraio 1841 (*Pasicrisie*, 1841, I, 130).

invocando la dottrina degli autori e la giurisprudenza, secondo cui si presume che i sentieri rurali siano stati praticati in origine in forza d'una convenzione intervenuta fra comproprietari, giudicò che lo stato dei luoghi, la natura e la destinazione del sentiero, il nome che portava nel registro fondiario del comune non bastavano per attribuire la comproprietà di esso all'attore, « che questi doveva provare che da trent'anni almeno trovavasi in possesso dell'uso del sentiero nel modo da esso allegato ». In conseguenza, essa lo ammise a provare ch'egli avesse fatto uso, da oltre trent'anni, del sentiero in questione passandovi e ripassandovi con carri e cavalli. Prodotto ricorso in cassazione intervenne una sentenza di rigetto. In quel giudicato si legge che l'esistenza per più di trent'anni di un simile sentiero fa presumere un titolo conforme al possesso, secondo la massima: *talis praesumitur praecessisse titulus, qualis apparet usus et possessio.*

Ci sembra che tanto la sentenza della Corte di Gand quanto quella della cassazione difettino di chiarezza. Senza dubbio la prova del possesso trentennale era ammissibile, ma ad una condizione, cioè che il possesso avesse i caratteri necessari per condurre alla prescrizione acquisitiva della proprietà. Potrebbe esservi possesso per trent'anni, « passando e ripassando con carri e cavalli », senza che vi fosse perciò acquisto della proprietà del sentiero. Se gli atti di possesso versano sopra un semplice diritto di servitù, per caratteristici che si suppongano, saranno inefficaci, poichè la servitù di passaggio essendo discontinua, non può acquistarsi con la prescrizione. La Corte d'appello doveva dunque insistere su questo punto e richiedere che l'attore dimostrasse una prescrizione acquisitiva della proprietà.

Dalla sentenza di rigetto si vede che la Corte di cassazione ha preveduta l'obbiezione che noi facciamo; epperò essa cerca di stabilire che il possesso di un sentiero a titolo di servitù non può condurre all'acquisto della servitù stessa, poichè il possesso può essere esercitato a titolo di precario. Lalaure ha già fatta questa osservazione (1) che è elementare: è questo il motivo per cui la legge non ha ammessa la prescrizione delle servitù discontinue. Ma ciò non risolve punto la difficoltà. Se il possesso può essere precario quando si pretende di avere acquistato una servitù mediante prescrizione, non può esserlo forse altresì quando si pretende di avere acquistata colla prescrizione la proprietà del sentiero? Bisognava dunque esigere la prova precisa che l'attore avesse inteso per trent'anni di usare del sentiero come se fosse sua comproprietà. La difficoltà è molto grave, ma non è permesso di eluderla. Vi ha, è

(1) LALAURE, *Traité des servitudes*, lib. III, cap. VII n. 229.

d'uopo confessarlo, una specie di contraddizione nel codice civile. La legge non permette di acquistare un diritto di passaggio mediante prescrizione; perchè? Perchè gli atti di possesso si presentano di sovente assai dubbi; s'ignora se siano esercitati a titolo di diritto ovvero di buon vicinato e di tolleranza. Ma ecco che colui il quale ha usato del passaggio sostiene che ha acquistata la *proprietà* del sentiero passandovi e ripassandovi sopra. Lo si deve ammettere alla prova. Così gli atti di possesso che la legge considera come dubbi, e per conseguenza come insufficienti per acquistare una servitù, basteranno per l'acquisto della piena proprietà. Ragione di più per esigere una prova ben precisa, come abbiamo detto noi.

168. Una specie analoga è stata decisa nel medesimo senso dalla Corte di Bruxelles. Si trattava anche qui di sapere se un sentiero rurale è una servitù od una comproprietà dei proprietari laterali. L'attore sosteneva che da tempo immemorabile i proprietari fronteggianti avevano fatto uso del sentiero in quistione passandovi e ripassandovi ogni qualvolta la coltivazione delle terre lo esigeva. Egli chiedeva di provare che il detto sentiero univa la strada dell'abazia di Lierre (detta *Cloosterweg*) e quella di Herenthals a Lierre. In fine sosteneva che anche il pubblico passava da tempo immemorabile pel sentiero che formava l'obbietto del litigio. Quest'ultimo punto è molto importante. È certo che se si fosse trattato d'un diritto di passaggio stabilito in favore di un fondo sovra un altro fondo, il proprietario del fondo serviente non avrebbe permesso a tutti di passare pel sentiero di cui conservava la proprietà esclusiva. Ma questa circostanza poteva altresì far nascere un altro dubbio: il sentiero non era una via pubblica, od almeno una servitù costituita a vantaggio di tutti sui fondi per i quali era praticata? Quest'ultima questione non fu sollevata. La Corte decise che i fatti allegati dal convenuto, dove fossero provati, avrebbero escluso un diritto di servitù, che l'esistenza per più di trent'anni d'un sentiero rurale tracciato per la coltivazione delle terre faceva presumere un titolo conforme al possesso. V'è sempre in questa giurisprudenza una pretesa presunzione che un sentiero rurale non è una servitù, ma una comproprietà. Noi deploriamo che il legislatore non abbia stabilito questa presunzione; ma non riconosciamo ai tribunali il diritto di presumere che un passaggio sia piuttosto una comproprietà che una servitù.

169. La medesima difficoltà si presenta per ciò che riguarda l'azione possessoria. Siccome le servitù discontinue non possono acquistarsi colla prescrizione, il solo possesso, in mancanza di titolo, non conferisce l'azione possessoria a chi subisce una turbativa; la legge presume che questo possesso sia puramente precario. Invece, il possesso che conduce alla prescrizione della proprietà di un sentiero rurale è garentito da un'azione possessoria, poichè implica un titolo primitivo conforme al possesso.

Ma come si potrà distinguere l'uso d'un sentiero a titolo di servitù e quello a titolo di comproprietà? Il giudice di pace di Ghistelles sentenziò che il possessore turbato da un proprietario vicino non poteva essere ammesso alla prova dei fatti di possesso che allegava, perchè la prova dovrebbe cadere sul merito del diritto, cioè sulla quistione di sapere se l'attore fosse comproprietario del sentiero in controversia. Prodotto appello, il tribunale di Bruges rigettò la domanda, pel motivo che trattavasi d'una servitù discontinua. In ogni ipotesi, fu mal giudicato. Non v'era titolo; occorreva quindi una prova per determinare il carattere del possesso; prima della prova il tribunale non poteva conoscere se vi fosse possesso d'una servitù o possesso a titolo di proprietà, d'un terreno inserviente al passaggio. La Corte suprema cassò la sentenza; essa dice benissimo che il giudice avrebbe dovuto apprezzare il carattere del possesso invocato dall'attore; infatti costui non intendeva già di esercitare un'azione fondata sopra un possesso a titolo di servitù, egli reclamava la comproprietà di un sentiero rurale, od almeno allegava il possesso a titolo di comproprietario d'un sentiero (1). I termini di cui ci serviamo sono più precisi di quelli della sentenza, ma rendono meglio, ci sembra, il pensiero della Corte.

§ IV. — *Classificazione delle servitù.*

170. A termini dell'articolo 639, vi sono tre specie di servitù: quelle che derivano dalla situazione naturale dei luoghi, quelle che sono imposte dalla legge e quelle costituite per convenzione fra i privati. La parola *convenzioni* di cui la legge si serve non è esatta, poichè le servitù possono anche essere stabilite per testamento; bisogna dir dunque, come fa la rubrica del capitolo III del nostro titolo, che le servitú sono stabilite o pel *fatto* o per la *volontà dell'uomo,* come l'art. 579 dice dell'usufrutto.

La classificazione del codice è stata ancor censurata sotto altri rapporti. Esso distingue le servitù naturali e le servitû legali. Si può dunque ammettere con Domat (2) che vi sono servitù naturali nel senso che sono d'una assoluta necessità; tal'è, egli dice, l'onere che grava sui fondi inferiori di ricevere le acque che scorrono naturalmente dai fondi superiori. Ma la sola natura non crea servitù, occorre l'intervento della legge, dunque le servitù dette naturali sono altresì servitù legali.

---

(1) Sentenza di Cassazione del 13 luglio 1855 (*Pasicrisie,* 1855, 1, 354).
(2) Domat, *Lois civiles,* lib. I, tit. XII, sez. I, art. 5.

Dall'altro canto, fra le servitù dette *legali* vi sono oneri altrettanto necessari, e per conseguenza altrettanto naturali quanto quelli che il codice dice derivare dalla *situazione dei luoghi:* tal'è il passaggio in caso d'interchiusura. Non si può dire che questa servitù deriva essa pure dalla situazione dei luoghi, del pari che la comunione? Domat aveva dunque ragione di non ammettere che due specie di servitù, le servitù naturali, che si possono altresì chiamare legali, e le servitù che gli uomini costituiscono per la comodità dei loro fondi (1). Noi non insistiamo sulla critica nè sulla giustificazione che si è tentato di fare della classificazione del codice, poichè questa discussione non ha alcuna importanza pratica.

171. Alla classificazione del codice si è rivolto un rimprovero più grave, e, in un certo senso, più meritato. Le pretese virtù naturali o legali, si dice, non sono vere servitù (2). E ciò è evidentissimo per molte disposizioni che si trovano nei due primi capitoli del nostro titolo. Quando la legge dice che colui il quale ha una sorgente nel suo fondo può usarne a sua volontà, non stabilisce certo una servitù, ma consacra una conseguenza del diritto di proprietà (art. 641). Lo stesso è a dirsi dell'articolo 646 che conferisce ad ogni proprietario l'azione di regolamento di confini e dell'art. 647 che permette a qualunque proprietario di chiudere il suo fondo. La comunione dei muri, delle fosse e delle siepi nulla ha di comune con la servitù; questa materia è regolata dai principii sulla comproprietà. Noi constatiamo il fatto, senza annettervi una grande importanza. Non ostante i difetti che gli si possono rimproverare, noi preferiamo di seguire l'ordine del codice anzichè imitare Zachariae, il quale ha scompigliato in cosiffatto modo il codice che l'ordine da lui adottato rassomiglia ad un vero disordine. Coll'attenersi all'ordine del codice, si dà alla gioventù l'esempio del rispetto alla legge, anche in ciò ch'essa può avere di difettoso, e questo vantaggio vale ben quello d'una migliore classificazione. Spetterà al legislatore di tener conto delle critiche della scienza, quando procederà alla revisione del codice civile.

172. La classificazione del codice rimane vera nel senso datole da Domat. Vi sono servitù necessarie, le quali derivano dalla natura e sono consacrate dalla legge; esistono dunque indipendentemente dal fatto dell'uomo. In quella vece le servitù costituite per contratto o per testamento sono tutte più o meno arbitrarie. Donde segue che se in un atto di vendita è detto che il fondo è libero da qualunque servitù, questa clausola non impedisce che il fondo venduto sia gravato da servitù naturali o legali, poichè non è in facoltà del venditore di affrancare il

---

(1) Vedi le diverse opinioni in DEMOLOMBE (t. XI, p. 8, n. 7), che cerca di giustificare la classificazione del codice.

(2) Vedi queste critiche in DEMOLOMBE, t. XI, p. 12, n. 8.

fondo dagli oneri che la natura o la legge gl'impongono (1). Si dirà dunque che le convenzioni delle parti non possono derogare alle servitù naturali e legali? Bisogna distinguere. Vi hanno servitù stabilite in vista d'un interesse generale; tali sono le servitù militari che gravano i fondi in vicinanza delle fortezze. Si applica a questi oneri il principio che proibisce di derogare mediante private convenzioni alle leggi che interessano l'ordine pubblico. Quanto alle servitù naturali e legali di cui tratta il codice civile esse sono stabilite soltanto nell'interesse dei privati; nulla dunque impedisce alle parti contraenti di modificarle (2). Vedremo più innanzi numerose applicazioni di questo principio.

173. Gli oneri che il codice chiama impropriamente servitù legali sono reali o personali? Stando al testo di alcune disposizioni si potrebbe credere che siano diritti di obbligazioni. L'art. 1370 dice che « talune obbligazioni si formano senza che intervenga alcuna convenzione, nè da parte di colui che si obbliga, nè da parte di colui verso il quale si rimane obbligati. » Sono questi i così detti quasi-contratti. Il codice colloca fra di essi « le *obbligazioni* formate involontariamente tra proprietari vicini. » *Involontariamente*, vale a dire senza un concorso di volontà, per effetto della legge. A norma di ciò le *servitù legali* sarebbero *quasi-contratti* e per conseguenza diritti d'obbligazione. L'art. 651 è concepito nel medesimo senso: « La legge assoggetta i proprietari a diverse *obbligazioni* reciproche indipendentemente da qualunque convenzione. ». Negli articoli 639 e 652, si trova pure questa parola *obbligazioni*, la quale indica un vincolo personale. Come mai la legge può dare ad un solo e medesimo diritto il nome di servitù e quello di obbligazione?

E certo che le espressioni *obbligazione, quasi-contratto* sono inesatte, poichè la legge parla di oneri reali che gravano il fondo nelle mani di qualunque possessore; ed i fondi a cui vantaggio sono stabiliti ne profittano pure, senza riguardo a qualsivoglia possessore. Tuttavia non sono vere servitù, poichè la servitù implica un assoggettamento che deroga al diritto comune, alla libertà generale: ora, gli oneri di cui si tratta gravano su tutti i fondi; formano dunque il diritto comune dei fondi. Nelle leggi romane vi è un'espressione che conviene meglio alla natura particolare di questi oneri; Ulpiano li chiama *quasi-servitù* (3). Ciò indica che sono pesi reali, senza che si possa dire che siano vere servitù. Ma siccome le nostre leggi

(1) Duranton, t. V, p. 136, n. 146. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 226, n. 337.

(2) Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 3 e nota 8 e le autorità che vi sono citate.

(3) L. 5, § 10, D., *De operis novi nuntiatione* (XXXIX, 1).

non si servono di questa espressione, dobbiamo limitarci di raccomandarla al legislatore.

174. Da ciò risulta che bisogna applicare alle servitù naturali e legali i principii che regolano i diritti reali. Coloro i quali non sono tenuti ad un onere che in considerazione del fondo ch'essi detengono possono liberarsi coll'abbandono. Il codice lo dice per la comunione dei muri: il comproprietario d'un muro comune può dispensarsi dal contribuire alle riparazioni e ricostruzioni del medesimo abbandonando il diritto di comunione (art. 656). Lo stesso avviene di ogni peso reale, e per conseguenza di tutte le servitù dette legali.

Da ciò si deduce ancora che le azioni cui danno luogo le servitù naturali e legali sono azioni reali immobiliari; debbono essere dunque portate innanzi al tribunale del luogo in cui gli immobili sono situati, mentre dove si trattasse di obbligazioni che nascono da un quasi-contratto, l'azione sarebbe personale, e dovrebbe essere intentata innanzi al tribunale del luogo in cui ha domicilio il convenuto (1).

§ V. — *Principii d'interpretazione.*

175. La Corte di cassazione dice che in materia di servitù, tutto è di diritto stretto (2). Si trova nell'art. 702 un'applicazione di questo principio: « Chi ha un diritto di servitù non può usarne che secondo il suo titolo, senza poter fare, nè sul fondo che deve la servitù, nè su quello cui è dovuta, alcun cambiamento che aggravi la condizione del primo. » Questa regola si indirizza naturalmente al giudice che è chiamato a decidere le contestazioni fra i proprietari dei fondi dominanti e dei fondi servienti. Si sa che le convenzioni tengono luogo di legge per le parti contraenti, e questa legge vincola altresì il giudice, che ha per missione di applicarle. Lo stesso si dovrà dire del titolo delle servitù; qualunque esso sia, obbliga le parti interessate e, perciò, il giudice. Ma le leggi si possono interpretare in un modo estensivo o ristrettivo. Perchè la Corte di cassazione stabilisce il principio che tutto è di stretto diritto nelle servitù?

Abbiamo visto che l'usufrutto è veduto con una specie di sfavore poichè rende la proprietà inutile nelle mani del nudo proprietario. Non è lo stesso delle servitù reali; il proprietario del fondo serviente conserva la disposizione ed il godimento

---

(1) MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 752, e seg. DEMOLOMBE, t. XI, p. 19, nn. 10 e 11, e le autorità che egli cita.

(2) Sentenza di cassazione del 16 maggio 1837 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 1161, 1).

della sua cosa; soltanto il suo diritto di usare e di godere non è più illimitato, e le restrizioni che riceve ostacolano più o meno il suo diritto di disposizione. Sempre però le servitù sono guardate dalla legge in modo piuttosto favorevole che no. Talune sono stabilite per considerazioni d'interesse generale, e queste certamente meritano di essere favorite, poichè l'interesse pubblico prevale sempre sull'interesse privato. L'oratore del Tribunato dice che fra i servizi fondiari esistenti fra privati ve ne sono di quelli il cui diretto scopo è l'interesse dell'agricoltura e del commercio (1). Albisson fa la medesima osservazione; l'oratore del Tribunato dimostra che se le servitù modificano in qualche modo il diritto di proprietà per ciò che riguarda il fondo soggetto, lo migliorano per ciò che si riferisce a quello cui la servitù è dovuta (2); la coltivazione delle terre sarebbe talvolta impossibile senza le servitù di passaggio, di attingere acqua, di acquedotto o di pascolo; or, cosa mai deve essere meglio favorito dell'agricoltura?

Non è dunque nello sfavore che si annette alla servitù che bisogna cercare il fondamento del principio d'interpretazione consacrato dalla Corte di cassazione. La Corte non ha fatto che applicare alle servitù una regola generale che il codice stabilisce in materia di obbligazioni convenzionali. « Nel dubbio, dice l'art. 1162, la convenzione s'interpreta contro colui che l'ha stipulata, ed in favore di chi l'ha contratta. » Perchè? Perchè la legge favorisce sempre la libertà, e l'obbligazione è una restrizione alla libertà. Ora, le servitù restringono la libertà del fondo serviente che il codice chiama il *debitore della servitù;* bisogna dunque, nel dubbio, pronunciarsi pel fondo serviente, vale a dire restringere l'onere; non si potrà mai estenderlo.

176. Va fatta eccezione a questo principio per le servitù che derivano dalla situazione dei luoghi? Si dice che queste servitù essendo l'opera della natura, i magistrati hanno, in generale, un potere d'interpretazione più largo di quello che è loro concesso per ciò che riguarda le servitù stabilite dalla legge (3). La teorica ne sembra affatto insostenibile. Nè le une nè le altre sono vere servitù; bisognerebbe stabilire dunque come regola che il principio d'interpretazione consacrato dalla Corte di cassazione non dev'essere applicato in questa materia. Infatti, finchè le servitù dette naturali o legali sono conseguenze del diritto di proprietà, non vi è luogo ad invocare un principio il quale non concerne che le servitù. Ma fra queste servitù, vi sono altresì oneri che il codice chiama obbligazioni tra vicini;

---

(1) GILLET, Discorso, n. 3 (LOCRÉ, t. IV, p. 193).
(2) ALBISSON, Relazione fatta al Tribunato, n. 2 (LOCRÉ, t. IV, p. 184).
(3) DEMOLOMBE, t. XI, p. 11, n. 7.

questi oneri partecipano della natura delle servitù, perchè gravano sul fondo e restringono il libero uso della proprietà. In questo senso, bisogna assimilarle alle servitù ed interpretarle restrittivamente, come ogni altra obbligazione dovuta, sia da una persona, sia d'un fondo.

177. Vi è una questione più generale ch'è comune alle servitù naturali ed alle servitù legali. Il codice comincia col trattare delle servitù che derivano dalla situazione dei luoghi, e di quelle che sono imposte dalla legge; indi stabilisce le regole che governano le servitù propriamente dette, quelle che sorgono pel fatto dell'uomo. Queste regole si applicano pure alle servitù dette naturali o legali? S'insegna l'affermativa, aggiungendo però una restrizione che distrugge il principio: le disposizioni del capitolo III, si dice, non sono applicabili alle servitù legali o naturali, quando non si trovano in armonia coi principii che il codice stabilisce relativamente a queste servitù (1). L'eccezione è così larga che assorbe la regola. Infatti, la maggior parte delle servitù naturali o legali sono conseguenze della proprietà; ora, la proprietà è il diritto comune, mentre la servitù è la restrizione al medesimo; quindi è impossibile applicare le medesime regole a due ordini di cose affatto differenti. Noi ameremmo meglio stabilire come regola che le disposizioni del capitolo III sono speciali alle servitù che derivano dal fatto dell'uomo, salvo ad applicarle per analogia quando ne sia il caso, come abbiamo fatto per ciò, che concerne l'interpretazione restrittiva che deve darsi ad ogni onere o debito che grava un fondo.

CAPITOLO II.

DELLE SERVITÙ CHE DERIVANO DALLA SITUAZIONE DEI LUOGHI.

SEZIONE I. — Dei corsi d'acqua.

§ I. — *Proprietà dei corsi d'acqua.*

N. 1. — Delle sorgenti.

1. — Proprietà delle sorgenti.

178. L'art. 641 dice che chi ha una sorgente nel suo fondo può usarne a sua volontà. Ecco una disposizione che certo non consacra servitù alcuna; è una conseguenza del diritto di pro-

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 2 e seg., nota 7, e le autorità ivi citate.

prietà, che comprende il dominio su tutto ciò che esiste al di sopra e al di sotto del suolo (art. 552). In questo senso le leggi romane dicono che la sorgente è una parte del fondo (1). Ma qual'è il vero proprietario della sorgente? Ecco la difficoltà. La sorgente scaturisce in un fondo. D'ordinario le vene che l'alimentano si troveranno in questo, ed allora non vi è dubbio, poichè non vi è alcun conflitto di diritti. Ma se, per conseguenza di lavori fatti in un fondo superiore, la sorgente venisse a scaturire in quello, apparterrebbe al proprietario di esso, poichè ivi si trovano le vene alimentatrici che costituiscono la sorgente. Poco importa ch'essa abbia scaturito in un altro fondo, giacchè non è meno vero che prima di zampillarvi, aveva il suo corso sotterraneo altrove; ora, è questo fatto che risolve la questione di proprietà (2). Se dunque i due terreni fossero espropriati per causa di pubblica utilità, l'indennizzo aggiudicato per la sorgente sarebbe dovuto al proprietario nel cui fondo essa aveva il suo corso sotterraneo prima di zampillare altrove (3).

179. La proprietà di una sorgente è una proprietà assoluta, come lo è, in generale, qualunque proprietà. Non è lo stesso delle acque correnti. Queste sono soggette al potere regolamentare dell'autorità amministrativa, come diremo in appresso, ed il codice attribuisce pure ai tribunali il diritto di regolarne l'uso quando insorgano contestazioni tra i proprietari rivieraschi (art. 645). In Francia, l'autorità amministrativa, invadente per sua natura, ha preteso chè attribuendole le leggi, in termini generali, il diritto di regolare i corsi d'acqua, essa poteva, nell'interesse dei proprietari inferiori, fissare le prese di acqua che può fare il proprietario della sorgente, all'obbietto di garentire le officine costruite all'ingiù della corrente contro una trasmissione d'acqua che potrebbe essere ad esse nociva. Ma il Consiglio di Stato ha represso queste usurpazioni, annullando le decisioni dei prefetti e quelle dei ministri che le approvavano. Le leggi invocate dall'autorità amministrativa riguardano i corsi d'acqua ovvero, come dice il codice civile (art. 644), le acque correnti. Ma le sorgenti sono regolate da principii affatto diversi. Il codice Napoleone attribuisce al proprietario della sorgente il diritto di usarne *a sua volontà*, il che implica un diritto assoluto di proprietà, mentre l'art. 644 accorda solamente ai rivieraschi il diritto di servirsene al loro passaggio per la irrigazione della loro proprietà. Quando si tratta di corsi d'acqua, vi sono in conflitto diritti diversi; si comprende dunque che i tribunali e l'autorità amministrativa intervengano per regolarne

---

(1) L. 2, D., *Quod vi aut clam* (XLIII, 24).
(2) Aubry e Rau, t. III, p. 33 e note 2 e 3; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 77, n. 63.
(3) Sentenza di rigetto del 4 dicembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 150).

l'uso; mentre nulla vi è invece da disciplinare con norme speciali laddove havvi una proprietà assoluta. Invano l'autorità amministrativa obbietta che le sorgenti danno origine ai corsi di acqua, e che avendo essa potere sui corsi d'acqua, lo deve avere anche sulle sorgenti. Il legislatore avrebbe potuto ammettere questo sistema, ma il codice non l'ha fatto, poichè distingue tra la sorgente e l'acqua corrente. Ciò decide la questione in favore del proprietario della sorgente (1).

180. Anche i tribunali hanno voluto talvolta estendere alle sorgenti il potere regolamentare di cui sono investiti in forza dell'art. 644 in materia di acqua corrente. Basta leggere i testi del codice per convincersi che il giudice non ha alcuna autorità circa le sorgenti. L'art. 641 dice che il proprietario del fondo può usare a sua volontà della sorgente che vi scaturisce. L'art. 644 dice che coloro i cui fondi fronteggiano un corso d'acqua possono servirsi delle acque per la irrigazione delle loro proprietà; ove vi sono più aventi diritto, i conflitti e le contestazioni sono inevitabili; ecco perchè il codice attribuisce ai tribunali la missione di conciliare gli opposti interessi. Quando si tratta delle acque d'una sorgente, nulla vi è da conciliare, perchè soltanto il proprietario del fondo può servirsene. I proprietari inferiori possono, per vero, acquistare un diritto sulla sorgente, ma occorre per questo che abbiano un titolo o la prescrizione che lo presuppone, come diremo in appresso. L'eccezione conferma la regola. Dal momento che i rivieraschi inferiori non possono invocare nè titolo nè prescrizione, non hanno alcun diritto; perciò non può parlarsi di conciliare diritti che non esistono. In questo senso si è determinata la giurisprudenza (2), al pari della dottrina (3).

181. Qual'è l'estensione dei diritti del proprietario della sorgente? L'art. 641 risponde che egli può usarne a sua volontà. Ciò significa che egli esercita il diritto di proprietà come è definito dal codice civile: ne gode e ne dispone nel modo più assoluto. Il proprietario ha dunque anche il diritto di abusare, nel senso che potrebbe soffocare la sorgente, se la natura delle cose glielo permettesse. Noi diremo più innanzi quali restrizioni riceva il potere assoluto di quegli cui la sorgente appartiene. All'infuori di queste eccezioni, il proprietario della sorgente ne dispone come meglio gli aggrada; egli può assorbirla in usi

---

(1) Decreti 23 dicembre 1858, 14 marzo 1861 (DALLOZ, 1860, 3, 24, e 1861, 3, 28) e 25 giugno 1868 (DALLOZ, 1869, 3, 88). Confronta: DAVIEL, *Traité des cours d'eau*, t. III, n. 794; AUBRY e RAU, t. III, p. 36 e nota 10. In senso contrario, PARDESSUS, t. I, nn. 93, 94 e 98.

(2) Sentenza di Cassazione del 29 gennaio 1840 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 114), Pau, 2 maggio 1875 (DALLOZ, 1875, 2, 139).

(3) DEMOLOMBE, t. XI, p. 111, n. 87. AUBRY e RAU, t. III, p. 40 e nota 24, p. 36, e nota 11.

agricoli o industriali (1); può altresì abbandonarla al corso che la natura le dà, lasciando scorrere le acque sul fondo inferiore: è una delle servitù che, secondo la terminologia legale, derivano dalla situazione dei luoghi. S'intende da sè che se il proprietario della sorgente voglia profittare di quest'onere che la natura e la legge impongono ai fondi inferiori, non può farlo che nei limiti dalla legge prescritti; noi esporremo più innanzi queste condizioni.

Il proprietario della sorgente ha un potere assoluto sulle acque anche al punto di alterarle e corromperle? Gli si riconosce questo diritto quando assorbe completamente le acque, mentre glielo si nega quando le trasmette ai proprietari inferiori. Apparentemente, nessuno ha diritto di dolersi, se il proprietario del fondo in cui la sorgente scaturisce impiega le acque ad un uso che le corrompe, allorchè queste acque non servono che a lui. Ciò è vero in generale, ma se l'alterazione delle acque divenisse causa d'insalubrità, è evidente che le autorità locali avrebbero facoltà di intervenire; poichè il proprietario, per quanto il suo diritto sia assoluto, non può farne un uso che comprometta la sanità pubblica. Del pari i vicini avrebbero il diritto di reclamare se il proprietario della sorgente raccogliesse le acque in modo da minacciare d'inondazione i fondi contigui; l'autorità locale è altresì incaricata di vegliare alla sicurezza pubblica, ed i proprietari non possono usare del loro diritto in modo da ledere i diritti altrui. È questo il diritto comune (2), e deve applicarsi, senza alcun dubbio, anche per ciò che si riferisce alle sorgenti.

Se il proprietario della sorgente lascia scorrere le acque sui fondi inferiori, non può trasmetterle alterate e corrotte; sarebbe aggravare la servitù del fondo inferiore, il che è vietato dall'articolo 640. Si tratta d'una servitù naturale: lo che implica che le acque abbiano a conservare la purezza che la natura lor dà. Il principio è incontestabile, ma l'applicazione solleva una difficoltà che grandemente interessa i proprietari di sorgenti. Essi hanno il diritto di adoperare le acque ad usi industriali, e come farle servire ad un'industria senza alterarle più o meno? L'alterazione può giungere sino alla corruzione. È certo che il diritto di proprietà non può estendersi fin là; ma allora l'uso industriale della sorgente non diverrà impossibile ogni qualvolta l'alterazione delle acque può recar pregiudizio ai proprietari inferiori? Vi hanno, l'uno di fronte all'altro, due diritti: l'uno non deve assorbire ed annullare l'altro, ma essi si modificano a vicenda; di guisa chè in caso di contestazione, il giudice deve decidere che il

---

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 34 e nota 5. Demolombe, t. XI, p. 77, n. 64, e Rouen, 4 maggio 1840 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 113).

(2) Vedi il tomo VI dei miei *Principii*, n. 136. Confronta Daviel, *Des cours d'eau*, t. III, p. 794.

proprietario della sorgente potrà servirsi delle acque per la sua officina, ma che non potrà trasmettere ai rivieraschi inferiori acque corrotte. Taluni periti consultati dalla Corte di Rouen proposero di dividere le acque nel senso che il proprietario della sorgente potesse impiegare a sua volontà quelle che gli fossero necessarie pel movimento della sua officina, e l'altra parte venisse trasmessa non alterata ai proprietari inferiori. La Corte sanzionò questo saggio temperamento (1). Se al proprietario della sorgente fosse necessaria tutta la quantità d'acqua disponibile, il giudice non potrebbe certo impedirgliene l'uso; ma dovrebbe prescrivergli di disporre la sua officina in modo che le acque alterate e corrotte non vadano sul fondo del proprietario inferiore (2).

182. Ciò che abbiamo detto suppone che le acque giungano ai proprietari inferiori, seguendo il proprio corso naturale; essi, in questo caso, sono obbligati, in forza d'una servitù derivante dalla situazione dei luoghi, a riceverle, e per converso hanno diritto di servirsi delle acque stesse. Ma che si dovrà decidere se le acque non pervengono loro naturalmente? se essi han fatto delle opere per deviarne il corso? Possono allora dolersi del fatto che le acque siano alterate, e domandare i danni-interessi? La Corte di cassazione ha decisa la questione negativamente, e con ragione. Nella specie, il proprietario della sorgente si serviva delle acque per la macerazione della canapa; uscendo dal fondo in cui scaturivano, le acque andavano a riversarsi e perdersi nel canale di smaltimento di un molino che apparteneva al medesimo proprietario; così le acque, quantunque alterate, non nuocevano ad alcuno. I proprietari inferiori volendo profittare delle acque per alimentare delle colture di sanguisughe, costruirono, con l'autorizzazione del potere amministrativo, un acquedotto che traversava la via divisoria dei due fondi e deviava le acque dal loro corso naturale per condurle alla palude ove si faceva la detta coltura. Essi si dolsero che le acque provenivano loro alterate e facevano perire gli animaletti. Donde un'azione di danni-interessi. La Corte di Bordeaux la respinse, confermando la sentenza di prima istanza benissimo motivata, e la Corte di cassazione approvò la decisione. Il proprietario della sorgente non aveva fatto che usare del suo diritto, e colui che usa del suo diritto non è mai tenuto a danni di sorta; non si poteva dir neppure che il danno sofferto dall'attore provenisse dal fatto del proprietario; poichè non già lui, ma l'attore medesimo aveva condotto le acque nelle paludi di sanguisughe. Costui dunque reclamava i danni-interessi per un fatto del quale era egli stesso l'autore! (3).

---

(1) Rouen, 18 marzo 1839 (Dalloz, 1845, 2, 169).
(2) Rouen, 8 giugno 1841 (Dalloz, 1845, 2, 168).
(3) Sentenza di rigetto del 27 aprile 1857 (Dalloz, 1857, 1, 173).

183. Il proprietario della sorgente conserva il suo diritto assoluto di proprietà sulle acque quando queste formano l'affluente di un fiume? Si legge in una sentenza della Corte di cassazione che al diritto di disporre in modo assoluto delle acque si fa eccezione « nel caso in cui le acque sono state volontariamente abbandonate al *consorzio di irrigazione* » (cioè ai proprietari inferiori che se ne servono per la irrigazione dei loro fondi); « che esse prendono allora il carattere di acque pubbliche e correnti, e che la legge crea, in questo caso, dei diritti che modificano quelli del proprietario primitivo (1) ». Questa medesima eccezione è stata ammessa come principio dalla Corte di Rouen (2). Ci sembra che la giurisprudenza confonda due ordini d'idee affatto diversi. Il codice distingue la sorgente e le acque correnti; esso attribuisce al proprietario della sorgente il diritto assoluto di disporne, e non ammette che due eccezioni a questo potere, i diritti acquisiti dei rivieraschi inferiori per titolo o prescrizione e i diritti degli abitanti di un comune. Gli articoli 641-643 risolvono dunque implicitamente la nostra questione; invero, essi suppongono che la sorgente sia divenuta un'acqua corrente. Ora, in quelle disposizioni si limita forse il diritto del proprietario della sorgente sol perchè questa diviene un'acqua corrente? No, occorre che i rivieraschi abbiano acquisito un diritto alle acque per titolo o prescrizione, ovvero che gli abitanti di un comune ne abbiano bisogno pel loro consumo. La Corte di cassazione aggiunge una terza eccezione; essa crea dunque la legge in luogo d'interpretarla, e fa una legge nuova che deroga al codice civile. Invano essa osserva che il proprietario abbandona volontariamente le acque al consorzio d'irrigazione; noi rispondiamo che il proprietario, lasciando scorrere le acque sui fondi inferiori, usa di un suo diritto, lungi dal rinunciarvi. Ciò è elementare, come diremo in seguito, e rimane vero, ancorchè le acque della sorgente divenissero un ruscello o si confondessero in un rivo. L'art. 644, che dà origine a ciò che la Corte chiama un *consorzio d'irrigazione*, nulla ha di comune con gli articoli che precedono e concernono le sorgenti; esso regola i diritti dei rivieraschi dei corsi d'acqua non navigabili; ciò suppone che vi sia un corso d'acqua e che nessuno abbia diritto alle acque che lo formano, eccetto che i rivieraschi. Se vi è un proprietario superiore, padrone della sorgente, costui ha una proprietà assoluta della quale fa ciò che vuole, dice la legge; questa proprietà assoluta non può essere modificata dalla proprietà limitata dei rivieraschi inferiori; diversamente si verrebbe ad attribuire a costoro sulle acque della sorgente un diritto che non è riconosciuto dalla legge (3).

---

(1) Sentenza di rigetto del 24 maggio 1854 (Dalloz, 1854, 1, 201).
(2) Rouen, 16 luglio 1857 (Dalloz, 1857, 2, 181).
(3) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 77, n. 207.

184. Il proprietario della sorgente conserva il suo diritto di disposizione anche al di là del fondo in cui questa scaturisce? Se i due fondi non formano che una sola e medesima proprietà, non vi è dubbio, il proprietario può disporre delle acque per tutta l'estensione del suo dominio; ma dal momento che escono da questo dominio, cessa il suo diritto di disposizione assoluta. Infatti, la sorgente non gli appartiene che come accessorio del suolo; essa non può quindi essere oggetto di proprietà assoluta fuori del fondo in cui viene a scaturire; le acque divengono, in questo caso, acque correnti, sulle quali i rivieraschi non hanno più diritto assoluto. Se tra i rivieraschi si trova anche il proprietario della sorgente, se cioè costui possiede un fondo rivierasco, distinto e separato mediante fondi intermedii da quello in cui la sorgente scaturisce, non ha maggior diritto degli altri, poichè quest'acqua corrente non è più un accessorio del suo fondo, come lo è la sorgente.

In tal senso ha deciso la Corte di cassazione nella specie seguente (1). Il rivierasco d'un'acqua corrente acquistò la proprietà di un vigneto in cui quella scaturiva. I due fondi erano separati da una strada in cui le acque formavano un lavatoio comunale. Aveva egli il diritto di disporre delle acque nel suo primo fondo? No, dice la Corte, poichè in questo fondo egli era rivierasco di un corso d'acqua non navigabile, e non vi poteva per conseguenza esercitare che i diritti che sono attribuiti dall'art. 644 a tutti i rivieraschi; questi diritti non sono stati modificati dal nuovo acquisto che egli ha fatto; per vero, egli era divenuto proprietario della sorgente, e poteva disporne, ma solamente nel fondo in cui scaturiva ed a titolo d'accessorio di questo fondo. Erano quindi in lui due qualità essenzialmente distinte; come proprietario della sorgente, ne poteva disporre, nel fondo in cui scaturiva: come rivierasco, aveva i diritti che hanno tutti i rivieraschi dei corsi d'acqua non navigabili. Se il proprietario della sorgente possedesse un fondo rivierasco all'acqua corrente che ne deriva, ad una grande distanza da quello in cui la sorgente scaturisce, e separato da numerosi fondi, non si direbbe certamente ch'egli conserva il diritto di disporre delle acque ove è semplice rivierasco. Ora la distanza in cui si trovano i due fondi non modifica per nulla i principii. Dal momento che i due fondi formano proprietà distinte, sono sottoposti a principii diversi: l'uno è regolato dall'art. 641, e l'altro dall'art. 644.

185. La questione che noi abbiamo esaminata tien divisi e gli autori e la giurisprudenza. Vi è una sentenza in senso contrario della Corte di cassazione, la quale sembra dunque ab-

(1) Sentenza di rigetto del 24 marzo 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 120). DEMOLOMBE t. XI, p. 78, n. 64.

bandonare la sua prima dottrina. La difficoltà sta nel conoscere se le acque della sorgente assumono il carattere d'acqua corrente dal momento che escono dal fondo in cui scaturiscono, e se per conseguenza i rivieraschi vi acquistano un diritto, in virtù dell'art. 644; ovvero se le acque della sorgente rimangono acque private, che il proprietario della sorgente può cedere ad un proprietario inferiore qualunque e delle quali per conseguenza può usare egli stesso a sua volontà se ha un altro fondo in vicinanza. Noi parleremo in appresso della cessione che il proprietario della sorgente può fare del suo diritto; per sapere ciò ch'egli può cedere, bisogna anzitutto vedere qual diritto egli abbia, poichè non può cedere un diritto ch'egli stesso non ha. La Corte di cassazione ha deciso che il proprietario d'una sorgente ha il diritto, col mezzo di un acquedotto costruito al confine del suo fondo, di farne servire tutte le acque all'irrigazione d'un altro fondo separato dal primo mediante una strada vicinale. Prima di essere impiegate alla irrigazione di questo fondo, le acque scorrevano in un canale che le conduceva in diverse praterie ch'esse irrigavano. Formavano un'acqua corrente di cui i rivieraschi avevano il diritto di usare? La Corte di cassazione ha respinto i reclami dei rivieraschi, applicando loro l'art. 641, vale a dire giudicando che essi non avevano acquistato alcun diritto sulle acque, nè per titolo nè per prescrizione (1). Non era questa la questione, a nostro parere. Si trattava di sapere se il proprietario della sorgente può esercitare il diritto assoluto che il codice gli riconosce al di fuori del fondo in cui la sorgente scaturisce: e se, una volta uscite dal fondo in cui scaturiscono, le acque divengono proprietà dei rivieraschi per i cui fondi esse passano. La prima questione si decide con l'art. 641, che attribuisce, per vero, al proprietario della sorgente un diritto assoluto di disposizione, ma solamente come accessorio del fondo; la seconda questione è decisa dall'art. 644, che riconosce ai rivieraschi d'un'acqua corrente una specie di diritto di proprietà sull'uso delle acque. Dunque dal momento che la sorgente diviene acqua corrente cade sotto l'applicazione dell'art. 644.

Si dirà che ciò è in contraddizione con quello che abbiamo insegnato testè. Noi abbiamo respinta la teorica del consorzio d'irrigazione fondato sull'art. 644, consorzio che verrebbe a restringere i diritti del proprietario della sorgente (n. 183), ed ora ammettiamo che non appena esce dal fondo in cui scaturisce, l'acqua della sorgente diviene proprietà dei rivieraschi. Se questi sono proprietari delle acque e se il padrone della sorgente non può più disporne, non prova ciò che l'art. 644 limita l'art. 641, contrariamente a quanto abbiamo detto? No, non vi è contrad-

---

(1) Sentenza di rigetto del 9 dicembre 1862 (DALLOZ, 1863, 1, 127). Confronta AUBRY e RAU, t. III, p. 35 e nota 7.

dizione nel respingere il consorzio d'irrigazione ammesso dalla Corte di cassazione, pur volendo conservati i diritti che l'art. 644 attribuisce ai rivieraschi. La confusione e la contraddizione è, al contrario, nella giurisprudenza della Corte suprema. L'art. 641 attribuisce al proprietario il diritto illimitato di disporre delle acque della sorgente nel fondo in cui questa scaturisce. Questo potere assoluto vien forse ristretto dal diritto dei rivieraschi della sorgente, divenuta acqua corrente? Noi diciamo di no, nel senso che l'art. 644 non deroga punto all'art. 641. Altra è la questione di sapere se il proprietario della sorgente può ancora disporne fuori del suo fondo, in pregiudizio dei rivieraschi che invocano non l'art. 641, ma l'art. 644. Noi diciamo di no, poichè il proprietario, fuori del suo fondo, non è più proprietario, ma un rivierasco, e non può esercitare che i diritti che l'art. 644 consente a tutti i rivieraschi. Non vi è contraddizione nel distinguere i diritti che il proprietario della sorgente ha nel suo fondo e quelli che può avere fuori di questo, se è rivierasco; non vi è contraddizione nel dire che i rivieraschi di un'acqua corrente non possono impedire al proprietario della sorgente di disporne a sua volontà, salvo che non abbiano un titolo in forza del quale il proprietario della sorgente abbia rinunciato al suo diritto assoluto, ovvero non abbiano prescritto contro di lui, la prescrizione equivalendo ad un titolo. Il diritto che i rivieraschi hanno in virtù dell'art. 641 è ben diverso da quello che loro spetta in virtù dell'art. 644; come semplici rivieraschi, non hanno che il diritto di usare delle acque le quali al proprietario della sorgente piace di lasciar scorrere sui fondi inferiori: è questo il caso previsto dall'art. 644. Al contrario, se hanno titolo o prescrizione possono impedire al proprietario della sorgente di assorbire le acque; egli è obbligato a lasciarle scorrere nell'interesse di coloro ai quali ha conceduto un diritto sulle acque o che l'hanno prescritto contro di lui.

Noi diciamo che la dottrina della Corte di cassazione è confusa ed inconseguente. Essa ammette anzitutto una terza eccezione al diritto del proprietario della sorgente, a vantaggio del consorzio d'irrigazione che fonda sull'art. 644. Ma quando questo consorzio esiste? quando la sorgente diviene consorzio? sin dove essa rimane acqua privata soggetta alla libera disposizione del proprietario della sorgente? Lo s'ignora. Di più la Corte confonde i diritti stabiliti dall'art. 644 coi diritti che i rivieraschi possono acquistare per titolo o prescrizione, in virtù dell'art. 641. L'art. 644 non limita punto i diritti che il proprietario della sorgente esercita nel fondo in cui questa scaturisce, mentre il titolo e la prescrizione di cui parla l'art. 641 hanno precisamente per scopo e per effetto di restringere il diritto assoluto di proprietà che il padrone del fondo ha sulla sorgente che vi zampilla. Da ultimo la Corte, dopo di aver ammesso che i rivieraschi hanno, in virtù dell'art. 644, un diritto che limita la proprietà del padrone della sorgente, anche nel suo fondo, attribuisce al

proprietario della sorgente il diritto assoluto di disporre delle acque di questa, anche al di fuori del suo fondo, e ciò in pregiudizio degli altri rivieraschi e non ostante il preteso consorzio d'irrigazione di questi, ed in ogni caso in opposizione col testo e con lo spirito dell'art. 641.

II. — Diritti dei proprietari inferiori.

186. Abbiamo detto che la sorgente appartiene al proprietario del fondo nel cui sottosuolo essa scorre, ancorchè venga a scaturire altrove. Per conseguenza, se il proprietario di un fondo, facendovi degli scavi, taglia le vene che portavano le acque in un fondo inferiore, non è tenuto a danni-interessi; poco importa che egli abbia fatto le opere allo scopo di scoprire le acque sotteranee, ovvero per iscavare le fondamenta di un edificio; in tutti i casi egli ha usato del suo diritto e non ha leso quello del proprietario inferiore, poichè costui non ha alcun potere sulle acque che scaturiscono nel suo fondo, allorchè le vene alimentatrici si trovano in un fondo superiore. Questi principii erano già ammessi dal diritto romano, e non danno luogo ad alcun dubbio (1). La giurisprudenza li ha consacrati in una specie che poteva sembrare alquanto incerta. Un concessionario di lavori pubblici, operando uno scavo, intercetta il corso delle acque di una sorgente, privando così il fondo inferiore dell'uso di queste acque; dovrà egli indennizzare il proprietario del danno che gli cagiona? Il Consiglio di Stato ha deciso che non era dovuta alcuna indennità. Infatti il concessionario diviene, per effetto dell'espropriazione, proprietario del terreno su cui pratica lo scavo, egli ha dunque diritto alle acque sotterranee che vi si trovano, mentre, nella specie, il proprietario inferiore, non allegava alcun diritto sulle acque della sorgente, ma dolevasi soltanto del danno che soffriva. Era il caso d'applicare il principio che non si è tenuti a riparare il danno cagionato altrui facendo uso del proprio diritto (2).

187. Il proprietario di una sorgente lascia scorrere l'acqua sui fondi inferiori: la sorgente diviene un'acqua corrente; i proprietari inferiori che hanno ricevuto le acque possono invocare contro il proprietario della sorgente l'art. 644, che permette loro di servirsi dell'acqua corrente? È certo che il proprietario della sorgente che lascia defluire l'acqua nei fondi inferiori usa di un

---

(1) L. 24, § 12, D., *De damno infecto* (XXXIX, 2). Demolombe, t. XI, p. 70, n. 65. Aubry e Rau, t. III, p. 34 e nota 3.

(2) Decreto del 16 agosto 1860 (Dalloz, 1861, 3, 17). Confronta sentenza di Bruxelles del 6 aprile 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 314).

diritto, e che i proprietarii inferiori, ricevendola, sopportano un onere; la legge chiama quest'onere una servitù derivante dalla situazione dei luoghi (art. 640). Chi è gravato d'una servitù non può giovarsene per acquistare un diritto, chi usa di un diritto derivantegli dalla sua proprietà non può perdere quest'ultima. È ben vero che il proprietario della sorgente non ha ritenuto le acque nè le ha utilizzate, come poteva fare; ma il proprietario, pel solo fatto del non uso, non perde i suoi diritti, fra i quali vi è appunto quello di non usare del suo diritto; ed in queste condizioni non si può ammettere la prescrizione contro di lui. Ancorchè, dice Dumoulin, il proprietario inferiore avesse ricevuto le acque da tempo immemorabile, questo fatto, da solo, non potrebbe togliere al proprietario della sorgente il suo diritto di proprietà (1).

Abbiamo detto che la giurisprudenza ammette un'eccezione a questo principio pel caso in cui il proprietario abbandoni le acque al consorzio d'irrigazione che risulta dall'art. 644. Ma con ciò si confondono due diritti essenzialmente distinti. Senza dubbio i rivieraschi hanno facoltà di servirsi delle acque correnti che costeggiano o traversano i loro fondi. Ma è necessario vi sia un'acqua corrente. Ora, è in potere del proprietario della sorgente di ritenere le acque, di consumarle tutte. Egli può non esercitare questo diritto; le acque della sorgente profitteranno allora ai proprietarii inferiori, finchè il proprietario della sorgente le lascerà scorrere sui loro fondi. Ma egli può sempre usare del suo diritto di proprietà, senza che i proprietari inferiori possano opporgli il non-uso del suo diritto, per lungo che sia. Ora, dal momento che il proprietario della sorgente ritiene le acque, non vi è più acqua corrente, e perciò non vi è più luogo ad invocare l'art. 644. L'art. 641 ci dice come il proprietario della sorgente può perdere il suo diritto di proprietà, cioè per titolo o per prescrizione; l'art. 643 stabilisce una seconda deroga al suo diritto, in favore degli abitanti d'un comune cui le acque della sorgente sono necessarie. Non vi è altra eccezione. Crearne una terza sotto il nome di *consorzio d'irrigazione*, è confondere, come abbiamo detto, il diritto che l'art. 644 accorda ai rivieraschi d'un'acqua corrente colle restrizioni che può ricevere il diritto del proprietario della sorgente (n. 185) (2).

188. Non converrà fare eccezione a questi principii nel caso in cui le acque sono inutili al proprietario della sorgente mentre giovano ai rivieraschi inferiori? Noi enunciamo la questione sol perchè la si propone seriamente; ma essa è più materia di legislazione che d'interpretazione. Il testo e lo spirito della legge

(1) Dumoulin, *Note sur les conseils d'Alexandre* (consil. 69) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n. 1369. Demolombe, t. XI, p. 87, n. 73.
(2) Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 5 e nota 9, e le autorità che citano.

non lasciano alcun dubbio. Invero, la sorgente è una proprietà nel senso che il proprietario del fondo in cui scaturisce ne può usare o no a suo piacimento; egli può servirsene anche per suo diletto, ma se non gli conviene d'avere una sorgente nel suo fondo, può estinguerla senza che i proprietarii inferiori se ne possano dolere. Qual diritto, infatti, invocherebbero? Un diritto sulla sorgente? Non ne hanno, poichè non scaturisce nel loro fondo, e si suppone che difettino di titolo e di prescrizione. Un diritto sull'acqua corrente? Non vi è più acqua corrente dal momento che il proprietario della sorgente ritiene le acque, ed egli ha sempre facoltà di ritenerle, finchè non abbia alienato il suo diritto in forza d'un titolo o della prescrizione. Rimane l'equità, che certo milita pei proprietari inferiori, ma l'equità non può spogliare un proprietario del suo diritto; ora, la pretesa dei proprietari inferiori avrebbe per risultato di espropriare il proprietario della sorgente, in nome dell'equità, senza alcuna indennità per un interesse affatto individuale: altrettante eresie giuridiche quante parole.

Tuttavia, cosa notabile! le leggi romane non permettevano al proprietario della sorgente di ritenerla se non ne traesse alcuna utilità nè alcun diletto; egli non poteva allora avere altra ragione che quella di nuocere ai suoi vicini, e questo motivo Ulpiano non lo ammette (1). Ecco dunque che i giureconsulti romani restringono i diritti del proprietario, essi che tanto rispetto dimostrano per la proprietà! Ciò spiegasi col carattere del diritto romano; era un diritto consuetudinario che sviluppavasi con la scienza, di guisa che i giureconsulti contribuivano alla formazione del diritto; essi erano, in un certo senso, legislatori: potevano dunque in nome dell'equità, restringere il diritto del proprietario. Lo stesso avveniva nella nostra antica giurisprudenza. Bretonnier riproduce testualmente le parole di Ulpiano; egli riconosce al proprietario della sorgente il diritto di disporne, ma aggiunge: « purchè lo faccia per l'utile proprio e non unicamente nel disegno di nuocere al suo vicino (2) ». Si ebbero giudicati in questo senso (3).

Al Consiglio di Stato Malleville ricordò le sentenze che avevano ristretto il diritto assoluto del proprietario della sorgente nell'interesse dei rivieraschi inferiori. Egli credeva che l'art. 645 riproducesse la dottrina consacrata dall'antica giurisprudenza. Ciò era confondere, come ha fatto la Corte di cassazione, i principii che regolano le acque correnti con quelli che governano le sorgenti. L'art. 645 è una conseguenza dell'art. 644; esso

---

(1) L. 1, § 12, D. *De aqua* (XXXIX, 3): « *Si non animo vicino nocendi sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.* »

(2) BRETONNIER sopra HENRYS (*Recueil d'arrêts*, continuazione del libro IV, numero 89).

(3) Decisione del parlamento d'Aix, riferita da BONIFACE, t. IV, p. 631.

suppone una contestazione tra i rivieraschi d'un'acqua corrente sulla quale nessuno di essi abbia una proprietà assoluta; mentre, nella specie, la controversia esiste fra i proprietari inferiori ed il proprietario della sorgente che ha il diritto assoluto di disporne. Ma se, in diritto, Maleville s'ingannava, non aveva egli ragione dal punto di vista della legislazione? Noi lo crediamo. La proprietà delle acque, egli diceva, è di natura particolare. Senza dubbio quegli nel cui fondo l'acqua sorge ha diritto di servirsene, ancorchè durante mille anni avesse avuto corso nei fondi del vicino, salvo che quest'ultimo non l'avesse acquistata in virtù d'un titolo o mediante la prescrizione. Ma una volta soddisfatti i bisogni di questo primo proprietario, l'equità, l'interesse pubblico e la destinazione delle acque non permettono che i fondi inferiori ne siano arbitrariamente privati; la Provvidenza ha creato per tutti questo elemento che è a tutti necessario. Uno dei migliori ingegni del Consiglio di Stato, Tronchet, fu colpito dalla verità di queste considerazioni; pur conservando in principio il diritto del proprietario, egli ammetteva che vi potessero essere ragioni di equità superiore che obbligassero ad allontanarsi dalla regola generale. Tronchet credeva, come Maleville, che l'articolo 645 concedesse la maggior latitudine a questo riguardo (1). Egli s'ingannava. Soltanto il legislatore avrebbe potuto conservare questa eccezione al diritto assoluto di proprietà che il padrone del fondo ha sopra la sorgente che vi scaturisce. Egli non l'ha fatto, e ciò vuol dire che il diritto di proprietà della sorgente non soffre altre restrizioni all'infuori di quelle che vi apportano gli articoli 641 e 643. Questa è pure l'opinione generalmente seguita: tuttavia vi hanno alcuni dissensi (2). Si fa ricorso alla discussione del Consiglio di Stato che abbiamo analizzata testè. A questa argomentazione abbiamo già risposto dimostrando che Maleville e Tronchet avevano male interpretato l'art. 645, ed una interpretazione erronea non può certamente far legge. La Corte di Limoges si era pronunziata nel senso della discussione del Consiglio di Stato, applicando alle sorgenti il principio che l'art. 645 stabilisce per le acque correnti; la sentenza è stata cassata (3), e, a vero dire, la questione non è dubbia.

189. A termini dell'articolo 641, il proprietario della sorgente può usarne a suo piacimento, « salvo il diritto che il proprietario del fondo inferiore potrebbe avere acquisito per *titolo* o per *prescrizione* ». Bisogna aggiungervi la *destinazione del padre di famiglia.* Vi è un'altra restrizione stabilita

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 4 brumaio anno XII, n. 6 (LOCRÉ, t. IV, p. 165).

(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 81, n. 66. DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 114.

(3) Sentenza di cassazione del 29 gennaio 1840 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 114.

dall'articolo 643, nell'interesse degli abitanti di un comune cui l'acqua della sorgente è necessaria. Noi esamineremo le diverse modificazioni che la legge e la dottrina apportano al diritto del proprietario della sorgente.

a) *Il titolo.*

190. Il titolo è ordinariamente una convenzione intervenuta tra il proprietario della sorgente ed il rivierasco inferiore che vuol trar profitto delle acque. Ciò che si fa per contratto può farsi altresì per testamento. Noi supponiamo il caso più frequente: qual'è l'obbietto dei contratti che intervengono tra il proprietario del fondo in cui scaturisce la sorgente ed il rivierasco inferiore? La questione è difficile e dubbia; noi esporremo i principii ammessi dalla dottrina e dalla giurisprudenza e faremo nel contempo le nostre riserve.

La convenzione ha per obbietto di derogare al diritto assoluto che ha il proprietario della sorgente d'usare delle acque a sua volontà; è ciò che dice il testo dell'articolo 641, la parola *salvo* indicando una eccezione. Questa eccezione ha insieme per iscopo di attribuire un diritto al proprietario inferiore; è ciò che dice ancora l'articolo 641: « salvo il *diritto* che il proprietario del fondo inferiore avesse acquistato per *titolo* ». In che consiste questo *diritto?* Esso deroga al diritto assoluto del proprietario. Costui può ritenere le acque, può assorbirle, può altresì lasciarle scorrere, ciò che costituirà una servitù pel rivierasco inferiore. La deroga che la convenzione apporta a questi diritti immuta la condizione delle parti; il diritto assoluto del proprietario della sorgente è ristretto; nasce dunque dalla convenzione una servitù a carico del suo fondo, e per conseguenza un diritto pel fondo inferiore che diviene il fondo dominante. In due parole, il titolo crea una servitù. Qual'è l'estensione di questa? Ciò dipende dalle stipulazioni delle parti contraenti. Le difficoltà che possono insorgere sono una questione d'interpretazione: questione di fatto piuttosto che di diritto (1).

Il titolo può pur dar luogo a quistioni di diritto. Ve n'è una che non è dubbia. Abbiamo detto che il proprietario può fare nel suo fondo qualunque scavo gli piaccia, senza essere tenuto a riparare il danno che ne risulta pel vicino, quando taglia le vene che alimentano una sorgente. Le convenzioni possono

---

(1) Vedi sentenza di Caen, del 5 dicembre 1827 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 139) e del 18 luglio 1822 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 167, 2).

modificare questo potere assoluto (1). È stato deciso che se una transazione dice che una delle parti non attenterà giammai al diritto che è riconosciuto all'altra sopra una porzione dell'acqua, ciò implica che la prima non può usare più del suo diritto assoluto di proprietà, intercettando le acque correnti che trovansi nel suo fondo (2).

191. Il proprietario della sorgente può cedere le acque ad un proprietario inferiore? È stato giudicato che egli può disporre delle acque della sorgente a vantaggio esclusivo d'un proprietario inferiore, poco importa che questi sia suo vicino mediato ed immediato; ben inteso che se il cessionario non è contiguo al terreno in cui scaturisce la sorgente, le acque non possono passare pel terreno intermedio che col consenso del proprietario, vale a dire mediante la costituzione d'una servitù d'acquedotto. La Corte di cassazione fonda questa dottrina sul testo dell'articolo 641, che accorda al proprietario del fondo in cui scaturisce la sorgente la proprietà delle acque, e per conseguenza il diritto di goderne e disporne nella maniera più assoluta. Ora, uno dei diritti più essenziali della proprietà, è quello di alienare; il proprietario della sorgente deve dunque avere il diritto di trasmettere le acque ai terzi in tutto od in parte (3).

Se si ammette che il proprietario della sorgente può usare delle acque anche fuori del suo fondo, bisogna ammettere altresì ch'egli può cedere il suo diritto ad un terzo. Noi abbiamo insegnato che il proprietario del fondo in cui la sorgente scaturisce ha il diritto assoluto di usarne entro i confini del suo fondo, ma che questo diritto si ferma al confine, poichè al di là, incontra un diritto eguale al suo, quello de' rivieraschi dell'acqua corrente formata dalla sorgente (n. 183). Se il nostro principio è esatto, la conseguenza è incontestabile: il proprietario può senza dubbio cedere il suo diritto, ma non può cederlo che quale egli stesso lo ha e lo possiede; nessuno potendo cedere ad altri diritti che egli stesso non ha. Ci è necessario dunque insistere nuovamente sul principio nella sua applicazione al diritto d'alienazione.

Il testo dell'articolo 641 non dice ciò che gli si fa dire, esso non prescrive che il proprietario della sorgente ha il diritto assoluto di proprietà sulle acque, ma dice soltanto che può *usarne* a sua volontà; la parola *usare* vuol dire godere, impiegare; è la espressione di cui il codice si serve per qualificare

---

(1) Sentenza di rigetto del 9 luglio 1837 (Dalloz, alla parola *Prescription*, numero 157).

(2) Sentenza di rigetto del 9 luglio 1037 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 68, 2) e del 20 giugno 1842 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 137).

(3) Sentenza di rigetto del 22 maggio 1854 (Dalloz, 1844, 1, 301) e sentenza di Cassazione del 19 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 345).

il diritto che accorda a' rivieraschi sulle acque che attraversano i loro fondi (art. 644). V'è solamente questa differenza, che nell'articolo 641 la legge aggiunge che il proprietario del fondo può usare della sua sorgente *a suo piacimento:* ecco perchè noi abbiamo ammesso con la dottrina e la giurisprudenza che egli ne ha la proprietà assoluta. Ma di che è proprietario? Egli può usare a sua volontà, risponde l'articolo 641, della sorgente che è nel suo fondo; è dunque d'una *sorgente* che ha la proprietà, ed ha il diritto assoluto d'usare delle acque d'una *sorgente.* Ora, le acque non portano il nome di sorgente e non formano una sorgente che nel fondo in cui scaturiscono. Dal momento che le acque hanno lasciato il fondo, non si può dire che il proprietario del fondo in cui scorrono ha una sorgente nel suo fondo; legalmente parlando, ciò è certo, poichè il proprietario del fondo che confina immediatamente con quello in cui la sorgente scaturisce non ha più sulle acque il pieno dominio che l'articolo 641 attribuisce al proprietario del fondo superiore, egli non ha più una sorgente nel suo fondo, bensì un'acqua corrente di cui può usare, per vero, ma nei limiti tracciati dall'art. 644.

Perciò il testo dell'articolo 641 non concede al proprietario del fondo la facoltà di disporre in modo assoluto delle acque formate dalla sorgente, ma gli attribuisce solamente il diritto d'usare a sua volontà della sorgente, il che implica che il suo diritto assoluto non può essere esercitato che nel fondo in cui la sorgente scaturisce. Fuori di questo fondo non vi è più sorgente, non può parlarsi dunque del diritto di disporne. Tal'è altresì lo spirito della legge. Il legislatore considera le acque come un dominio comune a tutti coloro cui la natura accorda questo beneficio, ma la natura non concede a tutti diritti eguali. Il padrone del fondo in cui l'acqua scaturisce può usarne a suo arbitrio: il codice ha voluto rispettare il diritto di proprietà di costui. Ma dal momento che esce dal suo fondo, la sorgente diviene un'acqua corrente, ed i diritti dei rivieraschi sono minori. Quegli il cui fondo è attraversato dalle acque può usarne, ma non può più assorbirle, deve restituirle, quando escono dal suo fondo, al loro corso ordinario. Quanto a colui il cui fondo è soltanto costeggiato dall'acqua, egli può, dice la legge, farne uso, mentre trascorre, per la irrigazione de' propri fondi (articolo 644). Così la stessa legge provvede a regolare i diritti di tutti i rivieraschi dell'acqua, e vuole che tutti ne profittino, ma in diversa misura. Essa non accorda quindi a costoro che un diritto *d'uso* più o meno esteso; non attribuisce ad alcuno il diritto di disporre dell'acqua: nè poteva farlo, giacchè ne dispone essa medesima.

192. La Corte di cassazione, dopo aver riconosciuto al proprietario della sorgente il diritto di disporne a vantaggio dei rivieraschi inferiori, aggiunge però una restrizione. « Queste regole, essa dice, soffrono eccezioni nel caso in cui le acque

sono state volontariamente abbandonate al *consorzio d'irrigazione;* esse assumono allora il carattere di acque pubbliche e correnti, e la legge crea, in questo caso, in favor de' rivieraschi, diritti che modificano quelli del proprietario primitivo ». Egli è lo stesso, continua la sentenza, quando, in forza della convenzione o della prescrizione, i proprietari inferiori hanno acquistato sulle acque un godimento esclusivo cui non si può più attentare. Che cosa è questo *consorzio d'irrigazione?* Non può essere che il diritto dall'articolo 644 riconosciuto a tutti i rivieraschi d'un'acqua corrente di servirsene per la irrigazione delle loro proprietà. Il termine non è legale ed è mal scelto, poichè i rivieraschi non formano un consorzio, ciascuno di essi avendo un diritto individuale che gli deriva dalla legge e di cui usa a suo vantaggio esclusivo. Quando nasce il diritto dei rivieraschi, vale a dire quando possono opporre il loro diritto a quello del proprietario della sorgente? La Corte di cassazione risponde ch'è necessario a ciò un *abbandono volontario* del proprietario della sorgente a questo consorzio d'irrigazione. Qui la Corte si mette fuori della legge; il codice non dice una parola dell'*abbandono volontario* che il proprietario della sorgente faccia del suo diritto. Quando questo *abbandono volontario* esiste? Basta che le acque abbiano lasciato il fondo perchè appartengano al consorzio dei rivieraschi? Se ciò non basta, che occorre di più perchè l'abbandono volontario trasformi la sorgente in acqua pubblica? La sentenza della Corte di cassazione serba il silenzio su questa questione di capitale importanza. Ve ne è un'altra, successiva, che mantiene la dottrina consacrata dalla prima, con una nuova motivazione. Interroghiamola (1).

Il Tribunale di Clamecy, giudicando sopra l'appello proposto contro una sentenza resa in materia di possesso, aveva deciso, conformemente alla nostra opinione, che se, a termini dell'articolo 641, chi ha una sorgente nel suo fondo può usarne a sua volontà ed in modo anche da assorbire tutto il prodotto della sorgente, questo diritto non esiste che entro i confini del fondo in cui la sorgente zampilla; che all'uscire da questi confini, tale diritto cessa per far luogo a quello che è stabilito, a vantaggio dei rivieraschi, dall'articolo 644. Il Tribunale oppone alla dottrina della Corte di cassazione il testo del codice civile. Vi sono due diritti di fronte: il diritto del proprietario della sorgente è assoluto entro i confini del fondo in cui la sorgente scaturisce; fuori di questi confini non esiste più: nasce allora un nuovo diritto, quello dei rivieraschi dell'acqua corrente, diritto il cui esercizio è regolato dall'articolo 644. Questa sentenza è stata cassata. Nella specie, il proprietario della sorgente aveva lasciato scorrere le acque sopra una via pubblica,

(1) Sentenza di Cassazione del 19 novembre 1855 (Dalloz, 1855, 1, 345).

dalla quale si erano sparse sul fondo d'un proprietario che le aveva utilizzate per la irrigazione della sua proprietà. Indi il proprietario della sorgente aveva cedute le acque ad un altro rivierasco. La Corte di cassazione decise che dai fatti così constatati non originava che uno *stato momentaneo di cose,* il quale non aveva potuto far perdere al proprietario della sorgente la proprietà delle sue acque, ed il diritto di disporne a volontà. La sezione civile non parla del consorzio d'irrigazione, ma l'estensore ha cura di far constatare che la sua decisione esplica o modifica quella del 1854. Non basta che le acque della sorgente si spargano sovra un fondo inferiore perchè vi sia abbandono al consorzio d'irrigazione; finchè questo *stato di cose non è che momentaneo,* il proprietario della sorgente conserva il suo diritto di disposizione. Che occorre dunque di più perchè vi sia *abbandono volontario al consorzio d'irrigazione?* La sentenza del 1855 non lo dice meglio di quella del 1854.

In conclusione, non sappiamo quando vi è abbandono volontario al consorzio d'irrigazione; non sappiamo quando la sorgente diventa un'acqua corrente e pubblica, il cui uso appartiene ai rivieraschi. Questa incertezza e questa oscurità sono inevitabili, perchè la giurisprudenza si è posta fuori della legge. Noi abbiamo detto qual'è il senso dell'articolo 641; esso concede un diritto assoluto al proprietario della sorgente entro i confini del fondo in cui scaturisce; fuori di questi confini, non vi è più sorgente, epperò il padrone del fondo in cui essa scaturisce non ha più sopra la medesima verun diritto, e per conseguenza non ne può cedere alcuno. L'articolo 644 non è meno chiaro. Esso parla delle acque correnti e permette ai rivieraschi di servirsene. Che cosa è un'acqua corrente? Qualunque acqua viva è corrente, poichè tale è la legge della natura. Finchè scorre nel fondo in cui scaturisce, soltanto il proprietario del fondo ha il diritto d'usarne a sua volontà. Dal momento in cui lascia questo fondo, cessa di essere una sorgente, proprietà privata ed assoluta, per divenire un'acqua corrente nel senso dell'art. 644, proprietà limitata di cui tutti i rivieraschi son chiamati a godere.

193. Qual'è il rapporto tra l'articolo 644 e l'articolo 641? In altri termini, il diritto dei rivieraschi dell'acqua corrente restringe il diritto del proprietario della sorgente? La Corte di cassazione, nella sua sentenza del 1854, considera l'*abbandono volontario al consorzio d'irrigazione* alla stessa stregua del *titolo* e della *prescrizione* che, a termini dell'articolo 641, limitano i diritti del proprietario della sorgente. Qui vi è, a parer nostro, confusione ed errore. Abbiamo già detto (n. 187) che la legge ammette due sole eccezioni al diritto assoluto che ha il proprietario della sorgente d'usarne a sua volontà, il titolo o la prescrizione e la pubblica utilità (art. 641 e 643). Non è in facoltà dei tribunali di crearne una terza, sotto il nome di *ab-*

bandono al consorzio d'irrigazione. Questa pretesa eccezione è basata sopra una falsa interpretazione dell'articolo 644. Essa è, anzitutto, affatto arbitraria, nel senso che richiede una condizione perchè le acque d'una sorgente divengano acque correnti, condizione che la legge ignora, che la giurisprudenza non definisce e che è impossibile definire perchè in opposizione colle leggi della natura; l'acqua non diviene corrente in virtù del preteso *abbandono* che se ne faccia al *consorzio d'irrigazione,* essa è acqua corrente per la natura stessa delle cose. Inoltre l'eccezione consacrata dalla Corte di cassazione interpreta falsamente l'articolo 644. Non è esatto dire che i diritti dei rivieraschi sull'acqua corrente restringono il diritto del proprietario della sorgente, nel modo istesso che la convenzione, la prescrizione o la pubblica utilità. In questi ultimi casi, il proprietario della sorgente non può usarne più a suo piacere, esso è gravato di una servitù che gl'impedisce di servirsi delle acque in pregiudizio del fondo dominante. Al contrario, il diritto concesso dall'articolo 644 ai rivieraschi non restringe mai, per sè solo, il diritto che ha il proprietario della sorgente di fare nel proprio fondo quell'uso delle acque che meglio gli piace; ancorchè i rivieraschi si fossero serviti delle acque per mille anni, il diritto del proprietario della sorgente sussisterebbe in tutta la sua estensione. Ciò è affatto elementare. Or come dunque la Corte di cassazione ha potuto ingannarsi? Gli è perchè essa ha ammesso a vantaggio del proprietario della sorgente il diritto di cedere l'uso delle acque al di fuori del suo fondo; ora, questo diritto è incompatibile con quello che è attribuito ai rivieraschi secondo l'articolo 644; poichè cedendo il suo diritto ad uno dei proprietari inferiori, il padrone della sorgente impedisce agli altri di usare dell'acqua corrente. Per conciliare le due disposizioni, interpretandole come fa la Corte, bisogna immaginare un *abbandono* che il proprietario della sorgente faccia del suo diritto a vantaggio dei rivieraschi inferiori, e permettergli di cedere i suoi diritti finchè non ne abbia fatto l'abbandono volontario.

Tutto ciò è immaginario. I rivieraschi d'un corso d'acqua non hanno bisogno, per trar profitto delle acque, che il proprietario della sorgente faccia loro l'abbandono dei suoi diritti; essi tengono tal facoltà dalla legge, e questo diritto non può essere loro tolto in forza della cessione che il proprietario della sorgente faccia ad uno di essi. Cedendo il diritto all'uso delle acque, quando escono dal suo fondo, il proprietario cede ciò che non gli appartiene, cede l'uso d'un'acqua corrente che la legge attribuisce ai rivieraschi. Dal momento che l'acqua esce dal fondo in cui è scaturita, diviene dominio di tutti i rivieraschi ad egual titolo, e non è più in potere del proprietario della sorgente di attribuire un diritto esclusivo ad uno di essi in pregiudizio degli altri. All'incontro il diritto dei rivieraschi dell'acqua corrente non attenta in alcun modo al diritto che

ha il proprietario, entro i confini del suo fondo, di usare delle acque a sua volontà. Egli può esercitare questo diritto finchè non vi abbia rinunciato in virtù di un titolo o della prescrizione che equivale al titolo.

Tale è la conciliazione naturale degli articoli 641 e 644. Noi non neghiamo il diritto assoluto del proprietario della sorgente, perchè è scritto nella legge; ma egli non può esercitarlo che entro i confini del suo fondo. Non può cederlo, poichè il diritto da lui ceduto dovendo essere esercitato al di fuori del suo dominio, verrebbe a trasmettere un diritto che egli stesso non ha. Possessore di un diritto sulla sorgente, il proprietario cederebbe infatti un diritto sopra un'acqua che non è più una sorgente, sopra un'acqua corrente la cui proprietà o l'uso (perchè tal distinzione, qui, poco importa), appartiene ad egual titolo a tutti i rivieraschi.

Il proprietario della sorgente non può cedere i diritti che appartengono ai terzi; non può creare una proprietà esclusiva delle acque a vantaggio di un sol rivierasco, allorchè la legge ha stabilito una proprietà limitata a vantaggio di tutti. Questa proprietà limitata si esercita dal momento che vi è un'acqua corrente, vale a dire dal momento che esce dal fondo in cui scaturisce ed in cui è l'obbietto di una proprietà esclusiva. Non vi è a distinguere se il proprietario della sorgente ha fatto o non l'abbandono volontario dei suoi diritti ad un preteso consorzio d'irrigazione: questa distinzione, sconosciuta alla legge, non può essere creata dall'interprete. Aggiungiamo di più, che non vi era ragione alcuna di escogitarla. L'acqua, come l'aria, è un elemento essenziale di vita, la Provvidenza l'ha destinata a tutti, ed il legislatore deve rispettare il voto della natura. Si può rimproverare agli autori del codice civile di avere attribuito diritti troppo estesi a chi ha una sorgente nel suo fondo; guardiamoci poi dall'estendere oltre misura diritti che oltrepassano di già i limiti della natura e della giustizia (1).

194. Le questioni di dettaglio che si presentano nell'applicazione dell'art. 641 dipendono dalla soluzione che viene data al difficile problema che abbiamo or ora esaminato. S'intende da sè che se il proprietario della sorgente ha diritto di disporre dell'uso delle acque fuori del fondo in cui scaturiscono, può farlo a vantaggio di qualunque proprietario inferiore, mediato ed immediato, come ha deciso la Corte di cassazione nelle sentenze che abbiamo creduto di dover combattere. È ancora evidente che il cessionario può, da sua parte, cedere il suo diritto a chiunque voglia. Se questo diritto si spingesse alle ultime conseguenze, si giungerebbe ad annientare quello che l'articolo 644 accorda ai rivieraschi: non sarebbe più, in conclusione,

(1) Gli autori non esaminano la questione. PROUDHON ne dice qualche parola in senso favorevole alla nostra opinione (*Du domaine public*, t. IV, n. 1257 e 1359).

ne la natura nè la legge, ma lo stesso proprietario della sorgente, che disporrebbe delle acque. Questa conseguenza logica che deriva dal principio sta contro la giurisprudenza che l'ha consacrata. Nella nostra opinione, il titolo di cui parla l'art. 641 non è una *cessione* che il proprietario fa delle acque della sorgente, ma una rinuncia al diritto che tiene dalla legge di usare delle acque a sua volontà; è dunque una restrizione ai suoi diritti, e perciò una servitù, come abbiamo detto, servitù passiva pel fondo in cui la sorgente scaturisce, servitù attiva pel fondo sul quale le acque scorrono; ciò che era un onere per i proprietari inferiori diviene un diritto. L'estensione della servitù si regola secondo il titolo; è dunque il titolo che devesi consultare, per determinare la portata dell'onere che il proprietario della sorgente ha imposto al suo fondo. E l'estensione dell'onere determina l'estensione del diritto che il titolo attribuisce ai proprietari inferiori. Se il titolo fissa il volume dell'acqua di cui il proprietario della sorgente s'interdice l'uso, a vantaggio del rivierasco inferiore, costui non potrà oltrepassare questi limiti; ma potrà servirsi delle acque per tutti i suoi fondi, in applicazione del diritto comune, come risulta dall'art. 644; poichè è questa disposizione che regola i diritti dei rivieraschi fra loro; la convenzione intervenuta tra il proprietario della sorgente ed il proprietario inferiore ha unicamente per obbietto d'impedire al primo di assorbire le acque e di costringerlo a lasciarle scorrere in tutto o in parte sui fondi inferiori. Quando esse sono giunte su questi fondi, la legge interviene per regolare i diritti dei rivieraschi. Il proprietario della sorgente non potrebbe conferire ad un proprietario inferiore diritti che questi non ha in virtù dell'art. 644; il solo diritto che il titolo crea, è il diritto al corso delle acque.

b) *Destinazione del padre di famiglia.*

195. L'art. 641 non parla della destinazione del padre di famiglia. Si dovrà concludere da ciò che se il proprietario del fondo avesse fatto dei lavori che costituiscono la destinazione del padre di famiglia ed hanno per scopo di far servire le acque della sorgente ad un altro fondo che gli appartiene, non vi sarebbe, a vantaggio di quest'ultimo, acquisto della servitù, la quale, secondo l'art. 641, può essere acquisita per titolo o per prescrizione? Si ebbe una sentenza in questo senso, in grado di appello, in materia di azione possessoria; ma è stata cassata e con ragione (1). Che importa il silenzio dell'art. 641? La questione

(1) Sentenza di cassazione del 30 giugno 1841 (DALLOZ, alla parola *Servitude* n. 142). Nel medesimo senso. DEMOLOMBE, t. XI, p. 107, n. 83. AUBRY e RAU, t. III, p. 36 e nota 2.

deve decidersi coi principii generali che regolano le servitù. A termini dell'art. 692, « la destinazione del padre di famigli *equivale a titolo* riguardo alle servitù continue ed apparenti »; ora, la servitù che il proprietario inferiore acquista nel caso preveduto dall'art. 641 è continua ed apparente, poichè consiste nell'onere di lasciare scorrere le acque sul fondo inferiore mediante lavori visibili e permanenti, lavori che costituiscono appunto la destinazione del padre di famiglia. Ciò decide la questione. Lo stesso art. 641 la risolve implicitamente: infatti esso ammette la prescrizione, dunque altresì la destinazione del padre di famiglia, poichè tanto la prescrizione quanto la destinazione del padre di famiglia non si applicano che alle servitù continue ed apparenti (art. 691).

196. Quale è l'effetto della destinazione del padre di famiglia? Trasmette essa al proprietario del fondo che acquista la servitù il diritto assoluto sulle acque così come lo possiede il proprietario della sorgente? No, la destinazione non è una vendita; essa equivale a titolo, dice l'art. 692, vale a dire che crea una servitù, dunque una semplice modificazione alla proprietà. Il proprietario della sorgente si era servito delle acque per l'utilità d'uno dei suoi fondi: questo stato di cose è conservato, in virtù di un tacito concorso di volontà. Ecco tutta la teoria della destinazione del padre di famiglia.

c) *Prescrizione.*

197. L'art. 641 considera la prescrizione egualmente che il titolo e l'art. 642 determina le condizioni richieste perchè la prescrizione abbia luogo. Occorre anzitutto che il proprietario del fondo inferiore abbia avuto un godimento non interrotto per lo spazio di trent'anni. È l'applicazione del principio generale stabilito dall'art. 690, a termini del quale le servitù si acquistano mediante un possesso trentennale. Perchè il possesso conduca alla prescrizione deve riunire le condizioni richieste dall'articolo 2229: « Per poter prescrivere, è necessario un possesso continuo, non interrotto, pacifico, pubblico, non equivoco e a titolo di proprietà ». L'art. 691 riproduce taluni di questi caratteri: esso vuole che il godimento sia non interrotto, e che le opere su cui si fonda il possesso siano visibili. S'intende da sè che i principii generali relativi alla prescrizione rimangono applicabili, sol perchè la legge non vi ha derogato.

La legge richiede un godimento non interrotto durante trent'anni; se essa si pronunzia sulla interruzione, è senza dubbio per indicare che il proprietario della sorgente ha un mezzo per impedire che la prescrizione non lo spogli del suo diritto di proprietà, cioè d'interromperla. Così accade d'altronde pel di-

ritto comune. Bisogna dunque applicare l'art. 2242 secondo il quale la prescizione può essere interrotta naturalmente o civilmente.

Vi è interruzione naturale, dice l'art. 2243, quando il possessore è privato, per più di un anno, del godimento della cosa, sia dall'antico proprietario, sia anche da un terzo. Nella specie vi sarebbe interruzione naturale se il proprietario della sorgente ritenesse le acque o le deviasse. Sarà pure necessario che questa interruzione abbia avuta la durata di oltre un anno, come richiede l'art. 2243? Questa disposizione suppone che il proprietario inferiore abbia il possesso annale che gli attribuisce le azioni possessorie col mezzo delle quali è conservato nel suo godimento; in questo caso, per interrompere la prescrizione è mestieri che il proprietario della sorgente gli abbia impedito di godere delle acque ritenendole o deviandole, per un anno almeno. Se il proprietario inferiore non avesse ancora il possesso annale, il semplice fatto dell'aver trattenute o deviate le acque basterebbe per interrompere immediatamente la prescrizione, poichè il proprietario inferiore non avrebbe, in questo caso, le azioni possessorie per conservare il suo godimento. Non è altro che l'applicazione del diritto comune.

L'interruzione civile avviene mediante una citazione in giudizio, un precetto od un sequestro, notificati a quegli cui si vuole impedire di prescrivere. Tale è la lettera dell'art. 2444. Nella specie, non può trattarsi di un pignoramento nè di un precetto che è il suo precedente immediato. Il mezzo più semplice per interrompere la prescrizione del proprietario inferiore, è di rivolgergli una formale interpellanza diretta a fargl riconoscere che il suo godimento è puramente precario e non potrà quindi essere invocato mai contro il proprietario della sorgente. Se il proprietario inferiore ricusasse di prestarsi a ciò, il proprietario della sorgente dovrebbe citarlo in giudizio. Una semplice protesta che il proprietario del fondo in cui la sorgente scaturisce facesse contro le opere iniziate dal proprietario inferiore non basterebbe per interrompere la prescrizione: l'interruzione civile non esiste che nei casi e sotto le condizioni determinate dalla legge (1).

198. Quando questa prescrizione incomincia a decorrere? L'art. 642 risponde: « dal momento in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatto e terminato dei lavori visibili e destinati a facilitare il declivio ed il corso delle acque nel proprio fondo ». Occorre che i lavori siano *fatti* e *terminati*, dice la legge; l'inizio di opere non basterebbe dunque per costituire immediatamente in mora il proprietario della sorgente. Egli non ne avrebbe neppure il diritto, se i lavori fossero ese-

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 36, nota 18 e t. II, p. 351, nota 26, e le autorità che vi sono citate.

guiti sul fondo inferiore, e questi lavori bastano, come diremo in appresso, per fondare la prescrizione. I trent'anni decorrono dunque, non dal giorno in cui i lavori furono incominciati, ma dal momento in cui sono condotti a termine. Il proprietario della sorgente è avvertito allora dell'intenzione che ha il proprietario inferiore d'esercitare una servitù a carico del suo fondo; egli deve interrompere il godimento di questi se vuole impedire che la prescrizione si compia.

199. Quali specie di opere sono necessarie perchè la prescrizione incominci a decorrere? Su questo punto vi è grande disparità di opinioni tanto nella dottrina che nella giurisprudenza (1). La ragione sta in ciò che gli autori hanno voluto fare d'una semplice questione di fatto, una questione di diritto. Tutto ciò che la legge esige, è che vi siano *lavori* visibili destinati a facilitare il declivo ed il corso dell'acqua nel fondo inferiore; essa non si spiega altrimenti sulla natura di questi lavori. È una questione di fatto che può avere soluzioni diverse secondo le differenti circostanze. Si domanda, ad esempio, se un fossato od un canale aperto nel fondo superiore, per condurre le acque in una prateria, è un *lavoro* nel senso dell'art. 643. La Corte di Bordeaux ha deciso la questione affermativamente; essa dice benissimo che la natura e l'importanza delle opere debbono essere apprezzate in relazione all'oggetto della controversia. Nella specie, si trattava dell'irrigazione d'una prateria di non grande estensione, e l'irrigazione non si faceva che per trentasei ore ogni settimana; un semplice canaletto era sufficiente per questo uso: perchè dunque si sarebbero pretesi lavori più considerevoli? (2) In un'altra fattispecie la Corte di cassazione ha giudicato non essere sufficiente che nel fondo superiore vi fosse un canale destinato a dirigere le acque verso il fondo inferiore, quantunque la manutenzione ne fosse affidata al proprietario di quest'ultimo; e ciò perchè vi erano circostanze particolari le quali non permettevano di considerare il canale come un'opera fatta per facilitare il declivio del l'acqua nell'interesse del proprietario inferiore. Il consigliere relatore Mesnarde, ha rilevate maestrevolmente queste circostanze, ed ha nel contempo fissati i veri principii che governano la materia.

Un primo punto è da tutti accettato; cioè che il corso naturale delle acque della sorgente sul fondo inferiore non attribuisce alcun diritto al proprietario di questo fondo: perchè egli acquisti un diritto, è necessario che il suo godimento sia accompagnato da segni esterni che manifestino in modo sicuro la sua intenzione di appropriarsi le acque e di creare a suo vantaggio, una servitù sul fondo superiore. Questi segni o questi

(1) Demolombe, t. XI, p. 88, n. 74, e le autorità ch'egli cita.
(2) Bordeaux, 5 luglio 1833 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 153).

lavori debbono esser dunque abbastanza evidenti da porre sull'avviso il proprietario della sorgente, indicandogli una volontà ben determinata di limitare il suo diritto. Tali sono i principii. Nell'applicazione, siccome trattasi di una questione di volontà o di intenzione, bisogna consultare i fatti. Un canale esistente sul fondo superiore e scavato per lo scolo delle acque manifesta sufficientemente il disegno del proprietario inferiore? A seconda dei casi, dice Mesnarde. Se il canale è stato scavato da lui o dietro i suoi ordini sul fondo in cui scaturisce la sorgente, ovvero se è stato scavato nel suo solo interesse, può darsi che questa opera caratterizzi sufficientemente un possesso a titolo di servitù. Altro era a dirsi nella specie decisa dalla Corte di cassazione. Là pure vi era un canale; ma chi l'aveva scavato? era stato fatto nell'interesse del proprietario inferiore? Lo s'ignorava. Bastava il dubbio su questi punti per togliere alle opere il carattere di atti compiuti a titolo di servitù. Quindi la manutenzione diveniva un fatto insignificante, e la Corte di cassazione aveva ragione di decidere che le condizioni richieste dalla legge per la costituzione di una servitù non erano adempiute (1). In un'altra causa, essa decise che un canale praticato dal proprietario inferiore in un lavatoio comune bastasse per l'acquisto della servitù. La sentenza venne pronunziata sopra relazione del medesimo consigliere di cui abbiamo testè riassunte le osservazioni (2).

200. Non tutto è questione di fatto per ciò che riguarda i lavori prescritti dalla legge. Essa vuole che siano eseguiti dal proprietario del fondo inferiore. La ragione è assai semplice. I lavori debbono annunciare la volontà certa del proprietario inferiore di prescrivere contro il diritto del proprietario della sorgente; occorre dunque che le opere siano fatte nel suo interesse; ora, se chi le compie è il proprietario inferiore, tutte le probabilità sono ch'egli abbia voluto facilitare lo scolo delle acque nel suo interesse particolare; egli ha agito come proprietario ed a vantaggio del suo fondo; lungi dal risultare da ciò un possesso che il proprietario inferiore possa invocare, i lavori depongono e protestano contro le sue pretese. È quasi inutile citare la dottrina e la giurisprudenza, dacchè è formale la disposizione del testo (3).

201. A termini dell'art. 642, i lavori debbono essere destinati a facilitare il declivio ed il corso dell'acqua nel fondo inferiore. È sempre l'applicazione del principio che noi abbiamo più sopra stabilito. I lavori fatti per facilitare il corso delle

---

(1) Sentenza di rigetto del 15 aprile 1845 (Dalloz, 1845, 1, 253).
(2) Sentenza di rigetto del 25 gennaio 1845 (Dalloz, 1845, 1, 145).
(3) Aubry e Rau, t. III, p. 39 e nota 15, e le autorità che citano; sentenza di rigetto del 15 aprile 1845 (Dalloz, 1845, 1, 253) e sentenza di cassazione del 18 marzo 1857 (Dalloz, 1857, 1, 122).

acque possono avere per obbietto, sia d'impedire lo stagnarsi delle acque nel fondo in cui la sorgente scaturisce, sia di farle giungere al fondo inferiore; nel primo caso, non possono dare origine ad una servitù, perchè non costituiscono se non l'esercizio del diritto di proprietà, e sono fatti nell'interesse del proprietario della sorgente; nel secondo caso, i lavori profittano al proprietario inferiore, sono dunque diretti contro il proprietario superiore, e, a questo titolo, iniziano la prescrizione. La Corte di cassazione ha applicato l'art. 642 ad una specie singolare. Alcune sbarre appoggiate contro un fondo appartenente al proprietario della sorgente derivavano le acque di un ruscello che riceveva quelle della sorgente stessa. Il proprietario del fondo inferiore godeva da tempo immemorabile delle acque del ruscello, compresevi le acque della sorgente, quando il proprietario di questa ebbe a deviarla in vantaggio di un Comune. Il rivierasco inferiore invocò la prescrizione; gli si oppose che i lavori da lui allegati erano destinati a derivare le acque dal ruscello, e potevano dar origine alla prescrizione in confronto dei rivieraschi del detto ruscello, ma che essendo praticati a cento metri dalla sorgente, non avevano per obbietto di facilitarne il declivio e il corso nel fondo inferiore. Le acque della sorgente, dice benissimo la Corte di Grenoble, dal momento in cui escono dal fondo nel quale scaturiscono, cessano di essere proprietà del padrone di questo fondo, divengono dominio di tutti i rivieraschi; il ruscello è dunque distinto dalla sorgente, la prescrizione del ruscello non può estendersi alla sorgente poichè non vi sono opere fatte per facilitarne il declivio nel fondo inferiore (1).

202. L'art. 642 esige che le opere siano *visibili*. È l'applicazione d'un principio generale in materia di prescrizione. Il possesso, secondo l'art. 2229, dev'essere pubblico. Ma in qual senso si dovrà intendere la pubblicità? Stando alla lettera dell'art. 642, bisognerebbe decidere che i lavori debbono trovarsi alla superficie del suolo, di guisa che non sarebbe sufficiente un acquedotto sotterraneo, quantunque si annunziasse con segni esterni. Ma se viene così interpretato l'art. 642, lo si mette in opposizione con un testo formale e con i principii generali. Tutto ciò che i principii richiedono, è che il *possesso* sia *pubblico;* ora il possesso può essere pubblico quantunque i lavori siano sotterranei; meglio ancora, la cosa stessa che si prescrive può essere sotterranea; l'art. 553 lo dice; dal momento che i fatti di possesso sono pubblici, di guisa che il proprietario contro cui si prescrive non può ignorarli, lo scopo della legge è raggiunto. È stato deciso in questo senso che un canale sotterraneo che conduceva le acque dal fondo superiore nel fondo inferiore era

(1) Grenoble, 26 novembre 1840 e sentenza di rigetto del 31 novembre 1841 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 152).

un'opera visibile, poichè si annunciava, all'entrata del prato, con una apertura o segno esterno, il che costituiva una sufficiente pubblicità (1).

203. Occorre che i lavori siano fatti sul fondo superiore? È questa una tesi assai controversa. La giurisprudenza costante della Corte di cassazione decide che i lavori debbono esser fatti sul fondo in cui la sorgente scaturisce; le opinioni degli autori sono divise. Noi crediamo che, secondo il testo e lo spirito della legge, è sufficiente che i lavori siano fatti nel fondo inferiore. Il testo entra nel dettaglio delle condizioni richieste perchè vi sia prescrizione; ora, esso non esige punto che i lavori siano fatti nel fondo superiore. Si pretende che questa condizione sia imposta dagli stessi principii (2). Si tratta di una prescrizione acquisitiva fondata sul possesso; la questione è dunque di sapere quali sono i caratteri che il possesso deve riunire per condurre alla prescrizione. Noi abbiamo già citato l'art. 2229 che risponde alla questione; il solo carattere che abbia relazione con la nostra specie è che il possesso deve essere a titolo di proprietà. La difficoltà si riduce dunque a ciò: se il proprietario inferiore fa sul suo fondo delle opere destinate a facilitare il declivio ed il corso dell'acqua nei suoi terreni, e se in conseguenza di questi lavori, trae profitto delle acque stesse, il suo possesso sarà a titolo di proprietario? Rispondiamo che il giudice potrà benissimo vedervi un possesso che conduca alla prescrizione; il possesso è essenzialmente una questione di fatto soggetta all'apprezzamento del giudice. Senza dubbio se i lavori sono fatti dal rivierasco inferiore sul fondo superiore, il possesso sarà più nettamente caratterizzato; ma potrebbe risultare ancora dalle circostanze della causa che simili lavori sono stati fatti col consenso bensì del proprietario superiore, ma a titolo di buon vicinato, di tolleranza, dunque a titolo precario, il che renderebbe impossibile la prescrizione. Non si può pertanto affermare che il possesso sarà utile alla prescrizione solo perchè le opere sono state fatte sul fondo superiore, come non si può neppur dire che sol perchè i lavori saramo praticati nel fondo inferiore, il possesso non condurrà alla prescrizione. L'art. 643 non richiede che una cosa, cioè dei lavori destinati a facilitare il declivio e il corso dell'acqua; e l'art. 2229 vuole che il possesso sia a titolo di proprietà. Spetta al giudice decidere se i lavori fatti dal proprietario inferiore, sia nel suo fondo, sia nel fondo superiore, dimostrano un possesso a titolo di proprietario.

---

(1) Sentenza di rigetto del 13 aprile 1830 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 154). Confronta DURANTON, t. V, p. 170, n. 80.

(2) PROUDHON, *Du domaine public*, t. IV, n. 1372, 1374; DEMOLOMBE, t. XI, p. 98, n. 80. La giurisprudenza della Corte di cassazione è in questo senso (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 152). Bisogna consultare le sentenze recenti. Vedi una sentenza dell'8 febbraio 1858 e la nota (DALLOZ, 1858, 1, 68) e sentenza del 23 gennaio 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 159) e del 17 novembre 1869 (DALLOZ, 1870, 1, 197).

Questi sono i principii, quali risultano dal testo medesimo del codice civile. Ci si oppone l'antico diritto. Infatti, Dunod insegna formalmente che « i vicini debbono aver fatto un canale nel fondo da cui esce la sorgente per condurne l'acqua nel loro » (1). Noi teniamo gran conto della tradizione, ma ad una condizione, che cioè sia provato che il codice civile l'ha conservata. Come diritto positivo, l'antica giurisprudenza è abrogata; non si può dunque invocarla se non quando il legislatore ha inteso espressamente di consacrarla. Si pretende che i termini stessi dell'art. 643 forniscano la prova che noi domandiamo: si può credere che si facciano nel fondo inferiore lavori che facilitano il declivio dell'acqua? Ciò non si concepisce, si dice, se non quando i lavori sono eseguiti nel fondo superiore. Noi rispondiamo ch'è una questione di fatto; il giudice apprezzerà i lavori, e se trova che non sono destinati a facilitare il declivio dell'acqua nel fondo inferiore, non ammetterà la prescrizione. V'è pure un'altra risposta a questa obbiezione letterale: la Corte di cassazione, che ha sempre richiesto che i lavori fossero in ogni caso praticati nel fondo superiore, confessa che l'art. 643 non lo dice in modo ben esplicito (2). Su che dunque la Corte si fonda? Essa sostiene che ciò risulta dallo spirito della legge. Su questo punto la Corte di cassazione s'inganna in tutta evidenza. Noi non pronunziamo alla leggiera la parola evidenza: i testi parleranno per noi.

Quando s'invoca lo spirito della legge, bisognerebbe prendersi la briga di ricercare la volontà del legislatore, poichè lo spirito della legge si concreta nell'intenzione degli autori del codice. Consultiamo dunque la discussione. Il progetto sottoposto alle deliberazioni del Consiglio di Stato non conteneva che questa sola disposizione: « Colui che ha una sorgente nel suo fondo può usarne a sua volontà ». Quando si aprì la discussione, Berlier propose di aggiungere: « Senza pregiudizio nondimeno dei diritti del proprietario del fondo inferiore, quando ha ricevuto le acque di questa sorgente durante un tempo sufficiente per prescriverne l'uso ». Perciò il primo autore dell'art. 642 non pronunciò neppure la parola *lavori,* si contentava d'un possesso sufficiente per prescrivere. Treilhard obbiettò che, per prescrivere bisognava possedere *animo domini;* ora, egli dice, il proprietario del fondo inferiore non può ignorare che la sorgente dell'acqua la quale attraversa la sua proprietà appartenga al proprietario del terreno in cui scaturisce, costui ha soltanto il diritto d'usarne; se lascia scorrere le acque, non ne risulta che abbia inteso attribuire un diritto al proprietario inferiore. Che cosa oppone Treilhard alla proposizione di Ber-

---

(1) DUNOD, *Traité des prescriptions*, p. 88.

(2) Sentenza di rigetto d l 5 luglio 1837 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, **n. 151, 1°**, . 9i).

lier? Che solo il fatto dello scolo delle acque sul fondo inferiore non conferisce alcun diritto al proprietario di questo. Ciò è elementare. Constatiamo solamente che Treilhard nulla ancor dice dei lavori. Berlier rispose ch'egli non contestava al proprietario del fondo in cui la sorgente scaturisce la proprietà delle acque; libero egli di dare ad esse quella destinazione che gli piacerà; ma se invece d'usare delle acque le lascia scorrere sui fondi inferiori cui esse giovano, non sarebbe apportare un grande pregiudizio a questi fondi, se il proprietario della sorgente potesse, dopo più di trent'anni, sopprimere o deviare il corso della sorgente, sopratutto se vi sono stati lavori fatti in considerazione di questo stato di cose? Berlier aggiunse che la proprietà delle acque era di natura affatto particolare. Regnauld de Saint-Jean d'Angely si estese ancor più in quest'ordine di idee; egli invocò l'uso, vale a dire la giurisprudenza: questa richiedeva dei lavori, ma Regnauld disse in termini formali che essa contentavasi di opere fatte nel fondo inferiore per profittare delle acque. Ecco dunque i partigiani della tradizione che la interpretano come noi interpretiamo l'art. 642: occorrono lavori, dice Maleville; il solo godimento delle acque è insufficiente; è necessario che, indipendentemente dal possesso, il proprietario del fondo inferiore abbia fatto da trent'anni lavori per l'uso delle acque. Tronchet diede un altro significato alla tradizione; egli pretendeva che il proprietario inferiore non fosse ammesso a prescrivere; secondo lui, la disposizione proposta da Berlier era un'innovazione; concluse dicendo che sarebbe difficilissimo prescrivere se il possesso non fosse manifestato da *lavori esterni*. Neppure una parola sul punto di sapere in quale fondo i lavori dovevano esser fatti. Per meglio dire, nessuno contestò ciò che Regnauld aveva detto, cioè che le opere fatte nel fondo inferiore danno luogo ad un possesso sufficiente per la prescrizione. Cambacérès parlò in termini generali della necessità di lavori fatti dal proprietario inferiore. Regnauld ritornò alla carica per perorare la causa dei proprietari inferiori; dopo che costoro si erano giovati per tanto tempo dell'irrigazione ottenuta col mezzo di costruzioni o di opere, non si sarebbe potuto certamente concedere al proprietario della sorgente che le aveva tollerate per trent'anni, di renderle d'un tratto inutili derivando le acque dalla sorgente in profitto d'un terzo, che si troverebbe così avvantaggiato con la rovina di colui al quale sarebbero tolte le acque. Il processo verbale della seduta constata che l'articolo fu adottato con gli emendamenti di Berlier, Regnauld e Cambacérès (1).

Se per interpretare lo spirito dell'art 642 non avessimo che la discussione del Consiglio di Stato, bisognerebbe dire, senza

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 4 brumaio anno XII, n. 6 e 7 (Locré, t. IV. p. 164-166).

esitazione alcuna, che il legislatore si è accontentato di lavori esterni, vale a dire di opere che manifestino l'intenzione del proprietario inferiore d'usare delle acque a titolo di diritto e non di tolleranza. Neppure una parola è stata pronunciata al Consiglio di Stato, dalla quale si possa indurre la necessità di lavori fatti sul fondo superiore. Al contrario è stato detto e ripetuto, ch'erano sufficienti i lavori fatti dal proprietario inferiore nel suo fondo. Finora cerchiamo invano lo spirito della legge che la Corte di cassazione invoca in appoggio della sua giurisprudenza. Le deliberazioni del Consiglio di Stato depongono contro la dottrina consacrata dalla Corte.

Veniamo così al punto decisivo della controversia. La questione di sapere se i lavori esterni richiesti dal progetto del Consiglio di Stato debbono essere fatti sul fondo superiore non era stata sollevata nella discussione, poichè tutti erano d'accordo che fossero sufficienti allo scopo le opere fatte nel fondo inferiore. In seno alla sezione di legislazione del Tribunato, la disputa fu fatta oggetto di un serio esame. Coloro i quali pensavano che i lavori dovevano esser fatti sul fondo superiore dicevano: «Essendo il proprietario del fondo superiore proprietario della sorgente, non si può prescrivere contro di lui tutta o parte di questa proprietà, se non per via di mezzi che importino un consenso alla perdita di questa proprietà. Si conviene che il proprietario inferiore non può acquistare la prescrizione mediante un semplice godimento, e che deve fare dei lavori esterni per manifestare l'intenzione che ha di prescrivere. Occorre dunque che il proprietario superiore conosca questa intenzione, e come la conoscerebbe se i lavori non sono fatti che sul fondo inferiore? E quando il proprietario della sorgente avesse conoscenza dei lavori, come potrà impedire al proprietario inferiore di far nel suo fondo ciò che gli piace?» Ascoltiamo ora i fautori dell'opinione contraria. Essi confessavano che se si trattasse d'una servitù costituita pel fatto dell'uomo, bisognerebbe mostrarsi più rigorosi e richiedere che le opere fossero eseguite sul fondo serviente. Ma, nella specie, la servitù deriva dallo stato dei luoghi; il rivierasco inferiore ripete il suo godimento, non da una convenzione espressa o tacita, ma dal beneficio della natura. Se il proprietario superiore è rimasto pel lungo spazio di trent'anni senza turbare questo godimento, si suppone che egli abbia voluto ratificare l'opera della natura. « Le opere che il proprietario inferiore fa sul suo fondo costituiscono una dichiarazione formale ch'egli ha intenzione di prescrivere, e se la prescrizione si compie, il proprietario superiore deve imputare a sè stesso di non avere manifestata una volontà contraria. Egli poteva durante trent'anni arrestare il corso della prescrizione, sia assorbendo l'acqua della sorgente, sia deviandola, sia dichiarando al proprietario inferiore, mediante una formale diffida, ch'egli non intendeva di lasciar prescrivere contro di lui il diritto di mutare il corso dell'acqua. Dal momento che nulla

ha fatto di tutto ciò, il suo silenzio vale consenso a che il proprietario inferiore conservi ciò che la natura gli ha dato ».

Ecco le due opinioni di fronte: quale prevalse? Prevalse l'ultima, dice il Tribunato. E per togliere il dubbio che avrebbe potuto far nascere la parola *esterni*, la sezione di legislazione propose di sostituirvi la parola *visibili* (1). Perciò la questione è stata enunciata e risoluta, ed il testo del progetto venne modificato di conformità. Bisogna rinunciare a servirsi dei lavori preparatori se non se ne tenga alcun conto, allorchè havvi una decisione formale nel senso d'una delle opinioni che si son fatta strada sopra una questione controversa (2). Che si risponde a ciò? Si dice che l'opinione da noi sostenuta era, egli è vero, quella del Consiglio di Stato e del Tribunato; ma che il testo dell'art. 652 non avendola consacrata, i principii debbono conservare il loro impero (3). Ma come? si tratta, per confessione della Corte di cassazione, di ricercare lo spirito d'una legge che non è abbastanza esplicita. Ed ecco gli autori medesimi della legge che ci dicono ciò che han voluto. E si ricusa di ascoltarli perchè non hanno scritta la loro volontà in un testo! E ciò non è neppure esatto, poichè il testo è stato modificato nel senso dell'opinione unanime di coloro che hanno preparata la legge. Abbiamo forse torto di asserire che lo spirito della legge è evidente, e che depone contro la dottrina della Corte di cassazione?

È quasi inutile di far ricorso alle parole degli oratori del governo e del Tribunato. Berlier, nell'esposizione dei motivi si contenta di lavori *visibili* e *speciali;* egli intende per lavori speciali quelli destinati a facilitare il declivio ed il corso dell'acqua nel fondo inferiore. Gillet interpreta la tradizione come aveva fatto Tronchet; l'antico diritto, egli dice, non ammette la prescrizione in favore del proprietario del fondo inferiore; il codice l'ammette quando il proprietario ha preso possesso del corso d'acqua mediante lavori visibili, se il proprietario della sorgente, avvertito da questa medesima apparenza, nulla ha fatto durante trent'anni per interrompere un godimento che non era il suo (4).

204. Occorre che i proprietari siano contigui perchè possano prescrivere contro il padrone della sorgente? A rigor di principio, non v'ha ragione per limitare ai proprietari immediati il diritto

---

(1) Osservazioni della sezione di legislazione del Tribunato, n. 3 (LOCRÉ, t. IV, p. 173, n. 174.

(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 178, 4; AUBRY e RAU, t. III, p. 37, nota 17, e le autorità che vi sono citate. Vi è una sentenza di Rouen del 16 luglio 1857 in favore di questa opinione (DALLOZ, 1857, 2, 181).

(3) DEMOLOMBE, t. XI, p. 98, n. 80. Le sentenze della Corte di cassazione, nulla dicono.

(4) BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 6 (LOCRÉ, t. IV p. 179). GILLET, Discorsi, n. 7 (*ibid.*, p. 194).

di prescrivere contro il proprietario della sorgente. Se non vogliono o non possono usare delle acque, perchè non si permetterebbe ai proprietari più lontani di valersene? La natura dà loro questo diritto, poichè la sorgente è divenuta un corso di acqua; ma il proprietario della sorgente conserva la proprietà delle acque, e potrebbe toglier loro questo godimento assorbendo la sorgente o deviandola. Importa dunque a costoro di impedire che il proprietario della sorgente eserciti il suo diritto; vale a dire che vi è luogo a convenzione e perciò a prescrizione. Ma le condizioni saranno le medesime che pel proprietario contiguo? No, si dice, i lavori dovranno esser fatti sul fondo in cui scaturisce la sorgente. Ciò risulta dal testo stesso dell'art. 643; esso richiede che i lavori sieno destinati a facilitare il declivio dell'acqua, il che significa il passaggio dell'acqua dal fondo in cui scaturisce nel fondo contiguo. Questa condizione non può essere dunque adempiuta sui fondi più lontani. Donde la conseguenza che i lavori praticati su questi fondi sarebbero insufficienti per acquistare la prescrizione. Essi potranno sempre prescrivere, ma costruendo opere sul fondo superiore.

Tale è l'opinione generale, anche di coloro che si contentano di lavori fatti sul fondo inferiore (1). Ci sembra però che essi s'attacchino troppo alla lettera della legge. Perchè la legge richiede lavori destinati a facilitare il declivio ed il corso dell'acqua? Come lo ha detto il Tribunato, è per indicare la volontà del proprietario che manifesta con ciò la sua intenzione d'usare delle acque a titolo di diritto. Quale dev'essere la natura di questi lavori? È questa una questione di fatto che il legislatore non ha potuto risolvere; il solo magistrato può farlo secondo le circostanze di ciascuna causa. Il testo suppone che vi sia un fondo superiore, dal quale le acque *cadono* sul fondo inferiore, ma ciò può anche non aver luogo, potendo i due fondi trovarsi in una pianura; sarà allora inutile far dei lavori per facilitare il *declivio* dell'acqua, poichè non vi ha *declivio*. Ciò prova che tutto dipende dalla situazione dei luoghi. La sola cosa che si possa dire, è che più ci allontaniamo dal fondo in cui la sorgente scaturisce, più sarà difficile che i lavori siano visibili. Ma questa è ancora una difficoltà di fatto. La nostra conclusione è che in questa materia bisogna rimettersi all'apprezzamento del magistrato (2).

205. Esistono delle opere sia sul fondo inferiore, sia sul fondo superiore; si suppone che siano destinate a facilitare il declivio ed il corso dell'acqua nel fondo inferiore; ciò non basta perchè

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 38, nota 19 e le autorità che citano.

(2) Confronta MARCADÉ, t. II, p. 559, art. 642, n. III. DEMANTE, t. II, p. 577, n. 493 *bis* III.

vi sia acquisto della servitù mediante prescrizione; la legge è formale, essa vuole che i lavori sian fatti dal proprietario inferiore che reclama la servitù. La prova incombe all'attore; spetta a colui, il quale pretende che il suo fondo gode d'una servitù, di dimostrarlo. Dunque il proprietario del fondo inferiore deve dare la prova che egli stesso fu l'autore delle opere. Tale è il principio, ma per l'applicazione di esso, bisogna distinguere. Se i lavori esistono sul fondo inferiore, il proprietario può invocare la presunzione dell'art. 553, a termini del quale tutte le costruzioni esistenti sopra un terreno si presumono fatte dal proprietario, a sue spese, ed appartenergli, se non è provato il contrario. Avendo il proprietario inferiore una presunzione legale in suo favore, è per lo stesso motivo dispensato da ogni prova (articolo 1352), salvo al proprietario superiore di dare la dimostrazione del contrario. Per l'opposto, i lavori fatti sul fondo superiore si suppongono, in virtù della medesima presunzione, opera e proprietà del padrone di questo fondo. In questo caso, spetta dunque al proprietario inferiore di combattere la presunzione.

È stato deciso dalla Corte di cassazione che « i lavori fatti sul fondo altrui si presumono fatti da quegli cui giovano, o dietro suoi ordini o nel suo interesse ». Donde la Corte conclude che se esistono lavori nel fondo superiore, destinati a facilitare il corso delle acque nel fondo inferiore, di guisa che siano fatti esclusivamente nell'interesse di questo fondo, vi è presunzione che siano stati compiuti dal proprietario di detto fondo (1). Qui vi è errore o malinteso. Sul fondo superiore esistono dei lavori: qual'è la presunzione legale sul punto di conoscere chi ha fatto questi lavori? L'art. 553 risponde: « Si presumono fatti dal proprietario, a sue spese, ed appartenergli ». Dunque, lungi dall'esservi presunzione legale in favore del proprietario inferiore, vi è presunzione legale in favore del proprietario superiore. Ma la legge aggiunge, salvo la prova in contrario. Il proprietario inferiore è dunque ammesso a provare che i lavori furono eseguiti da lui. Come si darà questa prova? Può farsi per testimoni, poichè si tratta di fatti puri e semplici, pei quali, secondo il diritto comune, è ammessa la prova testimoniale, qualunque sia l'ammontare del litigio. Ora, quando la prova testimoniale è ammissibile, il giudice può altresì ammettere le presunzioni dette dell'uomo, perchè sono lasciate alla saviezza ed alla prudenza del magistrato. Il proprietario inferiore potrà dunque allegare, a questo titolo, la presunzione che egli ne sia l'autore, i lavori essendo stati fatti nel suo interesse. Laonde ciò che la Corte di cassazione dice una presunzione le-

---

(1) Sentenze di rigetto del 1.° dicembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 21) e del 17 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 197). Nel medesimo senso, Amiens del 18 maggio 1868, confermata da una sentenza di rigetto del 17 novembre 1869 Dalloz, 1869, 1, 197).

gale in favore del proprietario inferiore, è una presunzione semplice, di guisa che il proprietario inferiore, lungi dall'essere dispensato da ogni prova, è appunto quello che deve darla. Tutto ciò è elementare (1).

206. Si domanda se i lavori richiesti dall'art. 642 potrebbero essere surrogati da una diffida che il proprietario inferiore facesse al proprietario della sorgente, per intimargli che abbia ad astenersi da mutamenti nella direzione delle acque. Proudhon insegna l'affermativa; egli invoca la massima che « la opposizione apre la via alla prescrizione di tutto ciò che può essere prescritto » (2). La massima è formulata in questi termini da Dunod, ed è incontestabile; ma rimane a sapere se l'art. 642 non vi ha derogato, poco importa se a torto o a ragione. Ora, il testo è formale; i lavori sono una condizione essenziale richiesta perchè la prescrizione possa compiersi a vantaggio del proprietario inferiore. Ciò non è logico nè giuridico. Che cosa sono i lavori fatti dal proprietario inferiore? Una costituzione in mora del proprietario superiore. Forse che una diffida fattagli dal proprietario inferiore non è una manifestazione della sua volontà di prescrivere, più certa, più energica di quello che non siano dei lavori, che in tutto rigore, potrebbero anche essere un atto di tolleranza e di buon vicinato? Praudhon ha dunque ragione nel campo dei principii; ma il testo non permette di adottare la sua opinione; e così essa è rimasta isolata (3).

d) Effetto del titolo, della destinazione e della prescrizione.

207. Qual'è l'effetto del titolo, della destinazione del padre di famiglia e della prescrizione? Vi sono molte incertezze su tale questione nella dottrina e nella giurisprudenza. Parlando del titolo noi abbiamo già detto che, secondo la nostra opinione, il diritto acquistato dal proprietario inferiore, a norma dell'art. 641, consiste in una servitù che grava il fondo in cui la sorgente scaturisce. Il testo e lo spirito della legge non lasciano alcun dubbio su questo punto. « Chi ha una sorgente nel suo fondo, dice l'art. 641, può usarne a sua volontà ». Ciò significa ch'egli è proprietario della sorgente; ora il diritto di proprietà è illimitato. Dunque il padrone della sorgente può assorbirla in usi agricoli o industriali; se usa di questo diritto, la sorgente non diverrà un'acqua corrente, e per conseguenza i proprietari in-

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 39 e nota 2.
(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n. 1371. Dunod, *De la prescription*, p. 37.
(3) Vedi le autorità in Aubry e Rau, t. III, p. 37 e nota 16. Bisogna aggiungere Massé e Vergé su Zachariae, t. II, p. 161 e nota 6.

feriori non profitteranno delle acque. Anche quando ha lasciato scorrere le acque per un tempo immemorabile, il proprietario superiore può sempre trattenerle, deviarle, assorbirle, e togliere così ai rivieraschi il godimento che avessero avuto. Costoro hanno dunque grande interesse a limitare il diritto assoluto del proprietario della sorgente; ora limitare l'esercizio del diritto di proprietà è creare una servitù. Tale è l'obbietto del titolo, della destinazione del padre di famiglia e della prescrizione. Gli è ciò che indica il testo, dicendo: *salvo il diritto*. Il proprietario inferiore può dunque acquistare un diritto che impedisca al proprietario superiore di usare delle acque a sua volontà: ecco la servitù (1). Noi diciamo altresì che tale è lo spirito della legge. Essa attribuisce ai rivieraschi delle acque correnti il diritto di servirsene, ma questo diritto potrebbe essere annientato dal proprietario della sorgente, se costui trattenesse le acque ed impedisse il loro decorso sui fondi inferiori. Per assicurarsi il godimento delle acque i proprietarii inferiori debbono dunque limitare il diritto assoluto del proprietario della sorgente, cioè costituire una servitù.

208. L'applicazione di questo principio non presenta alcun dubbio quando il proprietario inferiore invoca la destinazione del padre di famiglia. È questo un modo di costituire le servitù (art. 692), anzi la destinazione del padre di famiglia non ha mai altro effetto. Non è lo stesso del titolo e della prescrizione. Il titolo può trasferire tanto la piena proprietà, quanto una servitù; e si può acquistare con la prescrizione la piena proprietà od uno smembramento della medesima. Donde la questione di sapere se il proprietario inferiore possa acquistare la proprietà delle acque della sorgente, in forza di titolo o mediante prescrizione. Si è d'accordo in generale che il proprietario della sorgente possa trasmettere il dominio delle acque al proprietario inferiore mediante un titolo traslativo di proprietà (2). Noi abbiamo combattuta questa opinione (n. 191); in appoggio della nostra, invocheremo i considerando di una sentenza della Corte di cassazione e le osservazioni del relatore. Costui dice formalmente che il diritto che il proprietario del fondo inferiore può avere acquistato in forza di titolo o mediante prescrizione, e di cui fa riserva l'articolo 641, non modifica la proprietà, poichè questa è inerente al fondo; tale diritto, conchiude il relatore, è meno una proprietà che una servitù. La sentenza della Corte adotta questo ragionamento: essa decide che la proprietà di una sorgente è essenzialmente inerente al fondo; se anche le parti volessero trasmetterla non lo potrebbero, poichè la sorgente non è capace di trasferimento da un fondo

(1) Vedi, in questo senso, la relazione del consigliere relatore nella causa decisa con sentenza del 20 maggio 1828 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 171).
(2) Aubry e Rau, t. III, p. 39.

in un altro. Che cosa è dunque il diritto dei proprietari inferiori di cui parla l'art. 641? Una servitù, dice la Corte, relativa all'uso delle acque che derivano dalla sorgente (1).

Donde trae origine questa servitù? Essa può costituirsi in forza di titolo o mediante prescrizione. La legge considera la prescrizione allo stesso grado che il titolo; deve aver dunque i medesimi effetti. Se il titolo non trasferisce la proprietà della sorgente al proprietario inferiore, neppure la prescrizione può avere questa efficacia; egli usa delle acque, ma non possiede la sorgente, non può dunque acquistarne la proprietà, poichè con la prescrizione non si acquista se non ciò che si è posseduto. Questo punto è tuttavia controverso. Gli editori di Zachariæ insegnano che la prescrizione non conferisce mai al proprietario inferiore che un diritto di uso sulle acque della sorgente, mentre il titolo può attribuirgliene la proprietà istessa. Questa dottrina ci sembra poco logica. Secondo il rigore dei principii, si può acquistare con la prescrizione ciò che si può acquistare mediante convenzione. Se dunque si ammette che il proprietario della sorgente possa vendere il suo diritto di proprietà, bisogna concludere che si possa altresì prescriverlo contro di lui. Ma i valenti traduttori hanno compreso che sarebbe impossibile al proprietario inferiore di prescrivere la sorgente; ne abbiamo detto la ragione, la quale è perentoria. Non bisogna conchiudere da ciò che il titolo non possa, come nol può la prescrizione, trasferire una proprietà essenzialmente inerente al fondo? Tuttavia la Corte di cassazione, con una recente sentenza ha deciso che la proprietà delle acque può acquistarsi mediante prescrizione (2).

209. Qual'è l'estensione della servitù che grava il fondo in cui la sorgente scaturisce? Su questo punto vi sono nuove difficoltà. Bisogna anzitutto farsi un'idea esatta dell'obbietto della servitù. Dicesi ordinariamente che obbietto della servitù è di attribuire al proprietario il godimento delle acque. Ciò non è esatto. Dal momento che la sorgente esce dal fondo in cui scaturisce, diviene un'acqua corrente; ora, la legge, d'accordo con la natura, attribuisce ai rivieraschi il diritto di usare di tale acqua mentre trascorre. I rivieraschi godono dunque dell'acqua in virtù della legge; ma questo godimento è in balìa del proprietario della sorgente, il quale può sempre trattenere le acque, assorbirle o deviarle, finchè i proprietari inferiori non hanno limitato il diritto assoluto che permette a costui di usarne a sua volontà. Obbietto della servitù è dunque di limitare il diritto assoluto del proprietario della sorgente. Egli era libero di valersi delle acque a suo piacimento, e la servitù cui il suo fondo è sottoposto gli toglie questo diritto. La servitù non attribuisce

---

(1) Sentenza di rigetto del 20 maggio 1828, citata alla nota 1 della pag. 193

(2) Sentenza di rigetto del 25 marzo 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 220).

dunque al proprietario inferiore il diritto di godere che gli deriva direttamente dalla sua qualità di rivierasco, ma essa garentisce questo diritto, mettendolo al sicuro da quanto potrebbe contro di esso intraprendere il proprietario della sorgente.

Perciò il diritto di usare delle acque a volontà è limitato dalla servitù. Questa limitazione può essere più o meno estesa; in altri termini, il proprietario della sorgente può obbligarsi a trasmettere ai rivieraschi inferiori un volume di acqua più o meno grande, nel senso che s'interdice il diritto di ritenere questo volume di acqua o di deviarlo, o di usarne. Per determinare tale misura, bisogna naturalmente consultare il titolo, la destinazione del padre di famiglia ed il possesso. È l'applicazione del diritto comune (art. 686). Ma nuove difficoltà insorgono circa l'uso che il rivierasco inferiore può fare delle acque che il proprietatrio della sorgente è tenuto a lasciar scorrere nel suo fondo. Si domanda se il proprietario del fondo dominante possa usare delle acque a suo grado, in favore di fondi diversi da quello che ha diritto a riceverle, e se possa cederle a terzi. Gli autori rispondono che bisogna applicare l'art. 702, a termini del quale chi ha un diritto di servitù non può usarne che secondo il suo titolo (1). Ci sembra che la questione sia mal formulata. Il titolo non ha per obbietto di regolare i diritti che il proprietario inferiore avrà sulle acque; questi diritti sono determinati dall'art. 644; essi possono, per vero, venir modificati dalle convenzioni intervenute tra i rivieraschi e dalla prescrizione; ma il proprietario della sorgente non può conferire al rivierasco inferiore un diritto che questo non ha in virtù della legge, delle convenzioni o della prescrizione, e non può neppure toglierli un diritto che gli appartiene per uno di questi titoli. Infatti, non sono questi titoli che attribuiscono ai rivieraschi inferiori il diritto di godere delle acque; essi non accordano loro che un sol diritto, quello d'impedire al proprietario della sorgente di trattenere le acque ed usarne a sua volontà. Ecco l'unico obbietto del titolo, della destinazione del padre di famiglia e della prescrizione che regolano i rapporti tra il proprietario inferiore ed il proprietario della sorgente; quanto alle relazioni dei rivieraschi fra di loro, esse sono governate dall'art. 644 e dalle convenzioni o prescrizioni che possono modificare la legge. Noi ci riserviamo quindi di esporre questa materia in appresso, quando tratteremo dei diritti che i rivieraschi hanno sulle acque correnti.

Secondo questi principî, è facile determinare la condizione di entrambe le parti, quando vi è titolo, destinazione o prescrizione. Il proprietario del fondo in cui la sorgente scaturisce rimane proprietario di questa, e conserva quindi il diritto di

(1) Confronta Demolombe, t. XI, p. 108, nn. 85, 88. Duranton, t. V p. 170, nn. 182, 184. Proudhon, *Du Domaine public*, t. IV, p. 1362.

usare delle acque, salvo la limitazione risultante dalle diverse cause che costituiscono una servitù a carico del suo fondo. Potrà egli fare nuove concessioni? La questione è, anche questa volta, mal posta. Il proprietario della sorgente non fa concessioni, ma s'impone un limite nell'uso che ha diritto di fare delle acque. Se egli non se ne è interdetto l'uso in modo assoluto, potrà restringere ancora, mediante nuovi titoli, l'estensione del suo diritto. Ma non può fare alcuna deviazione che attenti alla servitù già stabilita, poichè, secondo il diritto comune, nulla può fare che diminuisca l'uso della servitù di cui il suo fondo è debitore (697). Può il proprietario della sorgente opporsi a che il proprietario del fondo dominante usi delle acque come crede? Noi abbiamo testè risposto che quest'uso in nulla tocca la servitù, e per conseguenza il proprietario del fondo serviente non ha il diritto d'intervenirvi. Noi diremo più innanzi quali sono i diritti dei rivieraschi. Se vi è conflitto fra il diritto del proprietario della sorgente e il diritto di servitù del proprietario inferiore, il tribunale deciderà la contestazione, non in virtù del potere discrezionale conferitogli dall'art. 644 quando si tratta dei rapporti tra i rivieraschi, ma secondo i principii che regolano la proprietà e le servitù. Vi sono in contrasto due diritti reali: l'uno dei quali limita l'altro, ma il cui limite risulta dai titoli; esso non può quindi essere imposto dal magistrato in virtù di un potere conciliativo che non gli appartiene se non quando si tratta di rapporti tra rivieraschi di un'acqua corrente.

III. — Diritti degli abitanti di un comune.

a) *Servitù stabilita dall'art. 643.*

210. A termini dell'articolo 643, « il proprietario della sorgente non può deviarne il corso, quando la medesima somministri agli abitanti di un comune, villaggio o borgata, l'acqua che è loro necessaria ». Qual'è il motivo di questa restrizione al diritto del proprietario della sorgente? Gillet, l'oratore del Tribunato, dice ch'è *l'utilità pubblica* (1). Il diritto di proprietà cede sempre innanzi all'utilità pubblica; ma vi è una grande differenza tra l'espropriazione per causa di pubblica utilità e la servitù stabilita dall'art. 643. Quando un proprietario è espropriato, vien privato della sua proprietà; nella specie, il proprietario della sorgente conserva il suo diritto; non vi è che l'uso del diritto che sia limitato: è una servitù che la legge impone al fondo in cui la sorgente scaturisce. Noi diciamo che la legge

---

(1) GILLET, Discorsi, n. 8 (LOCRÉ, t. IV, p. 194).

gli impone: è questa una seconda differenza. L'espropriazione ordinaria vien pronunciata dai tribunali, quando il proprietario e lo Stato non si accordano; vi è dunque sempre un contratto volontario o forzoso, ed in questo ultimo caso debbonsi seguire innumerevoli formalità. Nel caso dell'art. 643, non vi è contratto, e nemmeno una procedura purchessia. È la legge stessa che espropria parzialmente il proprietario della sorgente gravando il suo fondo d'una servitù (1). Il legislatore ha pensato ch'era inutile richiedere il consenso del proprietario e prescrivere delle formalità, allorchè è evidente la causa che fa stabilire la servitù. Soltanto il proprietario della sorgente può contestare l'esistenza di questa causa, vale a dire, può sostenere che la sorgente non è necessaria agli abitanti del comune che ne reclamano l'uso. È questa un'ultima differenza tra la servitù legale dell'art. 643 e l'espropriazione: quest'ultima è fondata sulla *utilità* pubblica, non è richiesto che vi sia necessità, mentre la servitù dell'art. 643 non esiste se non quando l'acqua è *necessaria*. Ci occorre dunque vedere in quali casi vi sia la necessità nel senso della legge.

211. Fermiamo anzitutto un principio d'interpretazione che ci servirà a risolvere le difficoltà che presenta l'art. 643. Proudhon osserva assai bene che in fatto di servitù, tutto è di stretto rigore, poichè la libertà costituisce la regola, il diritto comune (2); ma egli stesso dimentica poi talvolta il suo principio quando bisognerebbe applicarlo. V'ha di più: la servitù dell'art. 643 è specialmente eccezionale; è la legge che espropria parzialmente il proprietario della sorgente. La servitù legale dell'art. 643 devesi dunque interpretare restrittivamente sotto un duplice rapporto. Anzitutto qualunque servitù è di stretto diritto; inoltre una servitù stabilita dalla legge, anche contro la volontà del proprietario, ha il suo unico fondamento nella legge, epperò non si può estenderla, fosse anche per ragione di analogia, poichè l'interpretazione analogica condurrebbe a creare una servitù legale senza legge.

212. Chi può reclamare la servitù stabilita dall'art. 643? La legge risponde: gli abitanti di un comune, villaggio o borgata. Bisogna dunque che l'acqua sia necessaria agli abitanti di un comune. Alcuni abitanti isolati non potrebbero esercitare la servitù di presa d'acqua. Proudhon, obliando il principio da lui stabilito, insegna che gli abitanti di una sola casa che si trovasse in luogo appartato potrebbero invocare il beneficio dell'art. 643, come quello che si estende anche alla più piccola borgata (3). È vero che la legge non definisce la borgata, ma

---

(1) Demolombe, t. XI, p. 115, n. 90.
(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n. 1391, 1.
(3) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n. 1386. In senso contrario, le autorità citate in Aubry e Rau, t. III, p. 41, n. 27. Sentenza di Limoges del 13 maggio 1840 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 174, 2°).

essa fa parola *degli abitanti*, suppone dunque che ve ne siano parecchi; non si è mai dato il nome di borgata ad una sola abitazione. È l'utilità pubblica che ha fatto stabilire questa servitù; è dunque necessario che vi sia un comune interessato all'uso della sorgente; non vi è utilità pubblica ove non vi sono che interessi individuali. Se sorgesse controversia neppure gli abitanti potrebbero agire individualmente; l'azione dovrebbe esser promossa dal comune. Questa è pure l'opinione generale.

213. Qual'è la necessità che gli abitanti di un comune possono invocare? Forse il loro consumo personale? forse i bisogni dell'agricoltura e dell'industria? Vi è qualche dubbio, di fronte alla lettera della legge; essa vuole che l'acqua sia necessaria agli abitanti, senza dire in che consista la necessità. Bisogna dunque ricercarne la spirito. La disposizione dell'art. 643 non si trovava nel progetto rassegnato al Consiglio di Stato. Fu Regnaud che propose di consacrare questa restrizione al diritto del proprietario della sorgente; egli la motivò osservando che vi sono non pochi villaggi in cui le fontane ed i pubblici abbeveratoi sono alimentati dalle acque che scorrono da un fondo superiore di proprietà di un privato (1). L'articolo 643 dev'essere interpretato in questo senso, e per conseguenza bisogna limitare la servitù agli abitanti, come dice il testo, ed ai loro animali, essendo l'abbeveramento degli animali domestici una necessità altrettanto pressante per gli abitanti delle campagne quanto i loro bisogni personali. Ma non si potrebbe estendere la servitù alla irrigazione delle terre nè al servizio delle officine. Senza dubbio l'agricoltura e l'industria sono di pubblico interesse; ma chi le esercita lo fa nel suo vantaggio privato; ora la legge richiede più che un *interesse*, fosse anche generale, essa vuole che vi sia *necessità* pubblica, perchè il diritto di proprietà venga modificato *ipso jure*. Si potrà dire che si spinge troppo oltre il rispetto per la proprietà, privando un comune delle acque fertilizzatrici di una sorgente; ma non si potrebbe giungere fino a questo se non mutando completamente sistema, fissando cioè come principio che tutte le acque, anche quelle delle sorgenti, sono dominio comune; mentre la legge fa della sorgente l'obbietto della proprietà privata. È questa l'opinione generale, salvo alcuni dissensi (2).

214. Non basta che l'acqua serva al consumo degli abitanti, occorre che sia loro *necessaria*. Pardessus pensa che sia sufficiente un'utilità ben accentuata. Ma è questo un discostarsi dal principio d'interpretazione che domina tutta la soggetta materia; la legge richiede che le acque siano necessarie agli

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 4 brumaio anno XII, n. 9 (Locré, t. IV: p. 165).

(2) Vedi le autorità in Aubry e Rau, t. III, p. 41, note 28 e 29, e in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 176.

abitanti d'un comune; dunque per utili che lor siano, se non sono loro necessarie, non possono reclamarne l'uso. Demolombe, secondo la sua abitudine, comincia dallo stabilire il principio giusta il rigore del diritto; indi lo suborbina al fatto, concedendo ai giudici il potere d'apprezzare, secondo le circostanze, il carattere della necessità che s'invoca (1). No, la necessità non ammette gradazioni: appena essa sussiste, nasce la servitù; ma quando non vi è necessità, non vi è neppure servitù. La stessa incertezza domina la giurisprudenza. La Corte di Aix, pur constatando che non vi era necessità, pur permettendo al proprietario della sorgente d'usare delle sue acque, giudicò che egli non poteva deviarne il corso (2). Ma ciò è contraddditorio. Se non vi è necessità, non vi è servitù, e se non vi è servitù il proprietario della sorgente può derivarne le acque, poichè la servitù consiste precisamente, come dice l'art. 643, nell'onere imposto al proprietario della sorgente di non poterne deviare il corso. La Corte di Orléans ha deciso assai meglio, dapprima in via di massima, che l'uso eccezionale dell'acqua di una sorgente, autorizzato dall'art. 643, ha per condizione d'esistenza, per giustificazione e limite, la necessità; ora, l'uso non può essere dichiarato necessario se non in quanto non sia possibile, in causa della situazione delle persone e dei luoghi, di supplirvi in altro modo. Indi la sentenza constata, in fatto, che gli abitanti del comune i quali reclamavano l'uso di una sorgente potevano attingere a pubblici torrenti l'acqua ch'era loro necessaria; per verità, la distanza di questi dal comune, rendeva la bisogna assai meno comoda per gli abitanti, ma il maggiore o minore incomodo non può creare una necessità; e la legge, se può benissimo espropriare il proprietario della sorgente del libero uso della sua proprietà in vista d'una necessità pubblica, non ha potuto nè voluto privare il proprietario del suo diritto pel comodo di altri proprietari (3).

Si domanda se la mancanza di pozzi nel comune che reclama l'uso della sorgente, basti a determinare la necessità. Vi è una ragione di dubbio. Si potrebbe dire che gli abitanti non hanno che a scavare dei pozzi per aver acqua, e che per conseguenza non vi è necessità. A ciò Proudhon risponde benissimo che gli autori del codice non ignoravano che, scavando un pozzo, ciascuno può procurarsi dell'acqua, e che nondimeno hanno stabilito una servitù nell'interesse di coloro che non ne avevano, il che decide la questione. V'è di più: la servitù non avrebbe più ragione di esistere se fosse stata stabilita solo a pro di quelli che non possono avere dei pozzi, poichè vi è sempre

(1) PARDESSUS, t. I, p. 334, n. 138. DEMOLOMBE, t. XI, p. 119, n. 24.
(2) Aix, 13 giugno 1845 (DALLOZ, 1846, 2, 220).
(3) Orléans, 23 agosto 1856 (DALLOZ, 1858, 2, 108). Confronta AUBRY e RAU, t. III, p. 41, note 30-32 e le autorità che citano.

mezzo di scavarne, con maggiore o minore spesa. La Corte di cassazione ha consacrata questa opinione in una specie in cui esistevano taluni pozzi nel comune, ma un gran numero di abitazioni ne difettava, il che era sufficiente per legittimare la servitù (1).

215. A quali acque si applica la servitù stabilita dall'articolo 643? È stato deciso dalla Corte di cassazione ch'eravi luogo a questa servitù, quando gli abitanti di un comune attingevano ad un abbeveratoio l'acqua che era lor necessaria (2). Secondo questa giurisprudenza, non sarebbe necessario che l'acqua sia corrente; e bisognerebbe conchiudere, come fanno molti autori, che gli abitanti potrebbero reclamare l'uso di una fontana, di un lago, di uno stagno, d'una cisterna (3). Proudhon combatte assai vivacemente questa opinione. Egli invoca anzitutto il principio che la servitù dell'art. 643 devesi interpretare restrittivamente; bisogna quindi attenersi al testo; ora, la lettera della legge non lascia alcun dubbio: « il proprietario della *sorgente,* dice l'art. 643, non può deviarne il *corso* »; dovrà quindi trattarsi d'una sorgente ed ancora che questa abbia un corso, vale a dire che sia divenuta acqua corrente; fuori dei precisi termini dell'eccezione, rientriamo nel diritto comune della libertà. Ciò è decisivo. Tuttavia vi è qualche dubbio dal punto di vista dello spirito della legge: è la necessità che crea la servitù, e la crea sovra un'acqua ch'è una proprietà privata; ove è dunque la ragione della differenza tra la sorgente e lo stagno o la cisterna? Proudhon risponde che voler trovare dell'analogia tra una cisterna ed un ruscello, è spingere l'aberrazione al suo punto estremo. Si capisce benissimo che la legge disponga di una sorgente quando è divenuta un'acqua corrente; ma l'acqua di una cisterna o di un lago appartiene al proprietario del lago o della cisterna in modo assoluto, così come quella ch'è attinta nel corso d'acqua appartiene al proprietario del suolo: essa non è più, quindi, a disposizione della legge. L'articolo 643, continua Proudhon, interdice al proprietario della sorgente di deviarne il corso; si può concepire che la legge proibisca al proprietario d'una cisterna di deviare un ruscello che non esiste? Ma, e lo spirito della legge? Grande è la differenza, risponde Proudhon, tra le acque d'una sorgente che si rinnovano in ciascun istante ed una cisterna che si esaurisce per l'uso che se ne fa; si comprende che la legge conceda un diritto sulla sorgente la quale è inesauribile; non già che il legislatore permetta agli abitanti

---

(1) PROUDHON, *Du domaine public,* t. IV, n. 1387. Sentenza di rigetto del 4 marzo 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 283).

(2) Sentenza di rigetto del 3 luglio 1822 (DALLOZ, alla parola *Servitude,* n. 1877.

(3) DURANTON, t. V, p. 186, n. 191. DELVINCOURT, t. I, p. 183. TOULLIER, t. II, n. 134. PARDESSUS, t. I, n. 138.

di un villaggio di esaurire una cisterna allorchè possono scavarne un'altra.

E a Duranton che Proudhon risponde con tanta durezza, dicendo che sarebbe difficile di accumulare maggior numero di errori in così poche linee (1), e bisogna confessare che, salvo la vivacità della forma, il rimprovero è meritato. Noi v'insistiamo, per scusarci se, dopo tanti autori, abbiamo osato d'intraprendere la pubblicazione di un nuovo corso di principii. Gli è perchè a costoro fanno difetto precisamente i principii. Proudhon non rileva neppure tutti gli errori commessi da Duranton. Costui invoca gli articoli 545 e 645 in appoggio della sua opinione. L'articolo 545 è relativo all'espropriazione per causa di pubblica utilità e nulla ha di comune con la servitù legale stabilita dall'art. 643. Quanto all'art. 645, esso concede ai tribunali un potere discrezionale per decidere le contestazioni che insorgano tra i rivieraschi di un corso d'acqua; e nella specie, la controversia si agita tra un comune e il proprietario di una sorgente. Ecco come si mescolano e si confondono fra loro i principii più estranei alle questioni che si tratta di decidere.

In applicazione di questi principii, fu giudicato che gli abitanti di un comune non possono reclamare l'uso di una sorgente la quale non scorra al di fuori del fondo in cui scaturisce. Nella specie, l'acqua formava una fontana, rinchiusa in un bacino di fabbrica; non vi era corso d'acqua esterno. Concedere agli abitanti del comune vicino il diritto di attingere l'acqua a questa fontana, sarebbe stato snaturare intieramente la servitù creata dalla legge. Il codice suppone che gli abitanti si servano dell'acqua mentre trascorre, dunque sui loro fondi; trovandosi invece la fontana nel fondo superiore, gli abitanti avrebbero dovuto penetrarvi e condurvi i loro animali. Si legga l'articolo 643, e si vedrà se è questa la servitù che il legislatore definisce e limita dicendo che il proprietario della sorgente non può deviarne il corso. Sarebbe creare una servitù affatto nuova, ed i giudici non hanno questo diritto (2).

216. I principii che il codice civile stabilisce riguardo alle sorgenti si applicano pure alle acque termali? È stato deciso che l'articolo 643 non si applica a vene sotterranee ed ignorate, sulle quali nessuno ha diritto prima che il proprietario del suolo, scavandolo, le abbia scoverte e fatte scaturire. Ciò significa che le sorgenti termali rimangono sotto l'impero del diritto comune. La medesima sentenza osserva che nessuna legge interdice gli scavi e le ricerche, nei terreni vicini alle

---

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n. 1391.
(2) Digione, 9 novembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 11).

acque termali, per opera dei proprietari dei detti terreni (1). Per mettere le acque termali al sicuro dalle imprese dei proprietari vicini, la Corte di Montpellier aveva applicato l'articolo 643 anche alle vene che alimentano queste acque; ciò supponeva anzitutto che la necessità richiesta dalla legge comprendesse anche l'utilità proveniente da un'acqua medicinale, il che è assai dubbio, ed implicava altresì che i comuni, in virtù dell'art. 643, avessero un diritto sulle vene che alimentano le sorgenti le quali sono ad esse necessarie, e noi diremo in appresso che la dottrina e la giurisprudenza respingono questa interpretazione; infine la Corte aveva esteso ai proprietari dei terreni in cui si trovano le vene che alimentano le acque termali, la servitù che la legge impone ai proprietari del fondo in cui la sorgente scaturisce, il che era contrario al testo ed allo spirito del codice. La Corte di Montpellier creava la legge. Vi era una lacuna nel codice civile, essa è stata colmata in Francia dalla legge del 14 luglio 1856. Questa permette di dichiarare di pubblico interesse le sorgenti di acque minerali: quando la dichiarazione è stata fatta, ne risulta una servitù a vantaggio delle acque termali sui fondi vicini. Gli è ciò che la legge dice un perimetro di protezione; nessuno scandaglio, nessun lavoro sotterraneo può essere praticato in questo perimetro senza una preventiva autorizzazione (2).

b) *Diritto degli abitanti del comune.*

217. Qual diritto la servitù conferisce agli abitanti in favore dei quali è costituita? Il testo dell'art. 643 risponde alla nostra questione; esso dice in che consiste la servitù: « il proprietario della sorgente non può deviarne il corso ». Ciò suppone che la sorgente sia divenuta un'acqua corrente della quale gli abitanti hanno il diritto di servirsi, come rivieraschi. Secondo il diritto comune, quest'uso sarebbe precario, poichè è sempre in facoltà del proprietario della sorgente di ritenere le acque o di deviarle. Egli non ha più questo diritto quando le acque sono necessarie agli abitanti di un comune. La servitù dell'articolo 643, al pari di quella che può essere costituita per titolo o prescrizione, ha dunque per obbietto d'impedire al proprietario della sorgente di usarne a sua volontà, giusta quanto gli permette, in via di massima, l'articolo 641. Ne consegue che gli abitanti hanno solamente il diritto di usare delle

(1) Sentenza di cassazione del 4 dicembre 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 305).
(2) Vedi la legge coll'esposizione dei motivi e la relazione, in DALLOZ, 1856, 4, 85.

acque al loro passaggio, secondo il diritto comune consacrato dall'art. 644, con questa differenza tuttavia che non è necessario che siano rivieraschi per trarne profitto, poichè l'articolo 643 affetta queste acque all'uso di tutti. Ciò riguarda i rapporti degli abitanti fra di loro; pel momento, esaminiamo quali sono i loro rapporti col proprietario della sorgente. Essi possono opporsi a che costui devii il corso della sorgente: è questo il solo diritto che loro conceda l'art. 643.

218. Si domanda se gli abitanti hanno il diritto di passaggio, di presa d'acqua e d'acquedotto; se cioè possono passare sul fondo del proprietario cui appartiene la sorgente per attingere l'acqua ch'è loro necessaria, se possono costruirvi un acquedotto per condurla nel loro comune. La negativa è generalmente ammessa, e stando al testo dell'art. 643, mal si comprende che la questione abbia potuto essere sollevata (1). Si tratta di restringere il diritto di proprietà del padrone della sorgente. Questo diritto, a rigor di principio, è assoluto, in forza degli articoli 545 e 641; le restrizioni che vi apporta l'articolo 643 debbonsi dunque interpretare restrittivamente. Proudhon, che stabilisce questo principio, lo dimentica poi nella specie. Egli accorda agli abitanti il diritto di passaggio, se non possono profittare delle acque senza penetrare nel fondo in cui la sorgente si trova. L'acqua non può esser presa che dove essa è, egli dice. Ciò suppone che l'acqua non abbia corso fuori del fondo in cui scaturisce la sorgente. Se è così, non vi è luogo alla servitù dell'articolo 643. Lo stesso Proudhon dice più innanzi che questa servitù consiste soltanto nella facoltà d'interdire al proprietario della sorgente di deviarne il corso, quando il ruscello reca il tributo delle sue acque verso un villaggio cui esse sono necessarie. È quest'ultimo principio ch'è il vero, essendo consacrato dal codice civile. Bisogna dir dunque che se la sorgente non ha corso fuori del fondo in cui scaturisce, non vi è servitù; che se essa diviene un'acqua corrente, gli abitanti di un comune debbono prenderla così come è loro concessa dalla natura, salvo a fare sul loro territorio i lavori necessari per profittare dei suoi beneficii. Attribuir loro un diritto qualsiasi sul fondo in cui scaturisce la sorgente sarebbe come dice benissimo la Corte di cassazione, sostituire ad una servitù, il cui obbietto speciale è chiaramente definito, una servitù diversa e nuova che ne differirebbe essenzialmente (2). L'interprete non ha questo diritto: non può esservi servitù legale senza legge.

---

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 42 e note 35 e 36 e le autorità che vi sono citate In senso contrario, Proudhon, *Du domaine public*, n. 1381 1382; confronta il n. 1391

(2) Sentenza di cassazione del 5 luglio 1864 (Dalloz, 1864, 1, 280) e, dietro rinvio, Agen, 31 gennaio 1865 (Dalloz, 1865, 2, 101). Confronta Digione, 9 novembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 11).

219. L'art. 643 non mette di fronte che gli abitanti del comune cui le acque sono necessarie ed il proprietario del fondo in cui scaturisce la sorgente. Possono esservi però altri interessati. La sorgente diviene un'acqua corrente, e passa pei fondi dei rivieraschi prima di giungere al comune che ne ha bisogno; potranno i rivieraschi usare delle acque in pregiudizio degli abitanti del comune? Ovvero non potranno usarne che a condizione di trasmettere agli abitanti l'acqua ch'è lor necessaria? La Corte di cassazione ha deciso che l'art. 643, il quale toglie al proprietario della sorgente la facoltà di deviarne il corso, si applica necessariamente al proprietario intermedio il cui fondo è traversato dalle acque di questa sorgente. Non si potrebbe ammettere, dice la Corte, che il rivierasco il quale ha sulle acque un diritto meno esteso di quello che ha il proprietario nel cui fondo la sorgente scaturisce, sia affrancato dall'obbligo che la legge impone a quest'ultimo nell'interesse degli abitanti di un comune. Se questo interesse è stato riconosciuto abbastanza considerevole per far cedere il diritto del proprietario della sorgente, deve, a più forte ragione, limitare il semplice diritto d'uso dei rivieraschi. Si può comprendere, dice il consigliere relatore, che l'interesse del comune ch'è prevalente sul diritto del proprietario non prevalga sopra un altro diritto minore, quello dei rivieraschi? (1)

Posta in questi termini la questione ci sembra assai dubbia. Non può ragionarsi per argomento *a fortiori* in materia di servitù, ove tutto è di stretto diritto. È questo il principio, come l'ha formulato la stessa Corte di cassazione. Mesnard, il consigliere relatore, ha preveduta l'obbiezione, ma per rispondervi è obbligato ad allontanarsi dal principio. « Le disposizioni dell'art. 643, egli dice, non debbono essere intese in un senso troppo stretto, e non bisogna limitarne l'applicazione al solo caso in cui l'interesse degli abitanti di un comune si trovi in conflitto con l'interesse privato del proprietario nel cui fondo scaturisce la sorgente ». La risposta a questa argomentazione è assai semplice. È la legge stessa che restringe il diritto del comune, non concedendogli una servitù che sopra il fondo in cui nasce la sorgente. La questione, come l'ha posta la Corte di cassazione, sta dunque nel sapere se la servitù che grava il fondo in cui scaturisce la sorgente può essere estesa ai fondi per i quali essa scorre, divenuta acqua corrente. Estendere una servitù, è crearla; dovremo ripetere, colla stessa Corte di cassazione, che questo diritto non appartiene all'interprete?

La decisione della Corte si potrebbe forse giustificare ponendo la questione sopra un altro terreno. I rivieraschi pei cui fondi la sorgente passa, quando è divenuta acqua corrente, non

---

(1) Sentenza di rigetto del 15 gennaio 1849 (Dalloz, 1849, 1, 57). Nel medesimo senso, Nancy, 29 aprile 1842 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 186).

hanno un diritto assoluto su queste acque; all'incontro il loro godimento è precario, finchè non hanno titolo nè prescrizione; riguardo ad essi il proprietario della sorgente rimane libero di deviarne il corso, e d'assorbirne anche le acque. Il comune ha, in quella vece, un diritto che si può paragonare a quello che risulterebbe da un titolo, diritto di natura reale, trattandosi di una servitù, ed in forza del quale deve aver prevalenza sopra i rivieraschi che non ne hanno alcuno. Costoro non potrebbero certamente opporre il loro diritto al proprietario della sorgente; essi non possono neppure opporlo al comune il quale ha un diritto contro il proprietario della sorgente. Avendo un diritto sulle acque, esso deve poterlo opporre a tutti quelli che non ne hanno, ed i rivieraschi non ne hanno affatto. Ciò risolve la questione in favore del comune. In quest'ordine d'idee, il comune non reclama una servitù sui fondi dei rivieraschi, ma esclude i rivieraschi come carenti di diritto.

220. Può il comune opporre il suo diritto al proprietario del fondo in cui si trovano le vene che alimentano la sorgente? Si comprende l'importanza della questione. Il proprietario può fare nel suo fondo quegli scavi che meglio gli piacciano, sia per cercarvi una sorgente, sia per qualsivoglia altro scopo. Egli taglia con ciò le vene della sorgente che alimenta il comune. Ha questo diritto? L'affermativa non è dubbia. Infatti, il comune non ha alcun diritto sulle acque che in virtù dell'articolo 643; ora, questo articolo limita soltanto la proprietà di chi ha una sorgente nel suo fondo, interdicendogli di deviarne il corso. La legge non limita il diritto di proprietà dei proprietari superiori; esso quindi rimane integro. Proudhon dimenticando ancora una volta il suo principio, insegna che il proprietario del fondo in cui si trovano le vene che alimentano una sorgente necessaria agli abitanti di un comune, non ha diritto d'intercettare le acque: la legge, egli dice, sarebbe in contraddizione con sè stessa, se autorizzasse il proprietario superiore a privare il comune dell'uso delle acque che essa gli dà il diritto di esigere (1). Senza dubbio essa avrebbe dovuto spingere oltre la sua previdenza, ma non lo ha fatto, e non è concesso all'interprete di colmare la lacuna creando una nuova servitù. Giacchè la medesima verrebbe ad essere realmente distinta da quella consacrata dal codice: questa è stabilita sul fondo in cui la sorgente scaturisce e vieta al proprietario di deviarne il corso; quella che Proudhon ammette graverebbe tutti i fondi vicini interdicendo ai proprietari di farvi degli scavi. Si verrebbe con ciò ad applicare alla servitù dell'art. 643 ciò che il legislatore francese ha fatto per la protezione delle acque ter-

(1) PROUDHON, *Du domaine public*, t. IV, n. 1547. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. III, p. 42 e nota 34, e le autorità che egli cita.

mali. È evidente che per giungere fin là sarebbe necessaria una legge. In tal senso ha giudicato la Corte di cassazione: la sentenza dice che non si può estendere arbitrariamente la disposizione dell'articolo 643 ad un caso che questo non ha preveduto (1). Il principio è incontestabile, ma la Corte di cassazione non l'ha talvolta obliato come Proudhon? Noi lo abbiamo constatato, e se lo facciamo, è unicamente per richiamare l'attenzione dei nostri giovani lettori sullo studio dei principii. Se potremo raggiungere un simile scopo, avremo perfettamente giustificata l'opera nostra.

c) *Diritto del proprietario della sorgente.*

221. L'art. 643 dice che il proprietario della sorgente può reclamare un'indennità, che vien determinata da periti. Quando si tratta di espropriazione, l'indennità è di diritto comune, ma la legge non accorda, in generale, un'indennità per le servitù dette naturali o legali. Perchè il codice vuole che il proprietario della sorgente sia indennizzato? È perchè si tratta qui d'una espropriazione per causa di pubblica utilità. Il proprietario del fondo rimane, per vero, proprietario, ma non ha più il diritto di trattenere le acque, nè perciò quello di usarne a volontà; essendo privato d'una parte della sua proprietà, è giusto che riceva un corrispondente compenso. Secondo il diritto comune, l'indennità deve essere pagata prima che l'espropriazione sia compiuta. Nel caso previsto dall'art. 642, la legge comincia dal limitare il diritto del proprietario, indi aggiunge che potrà reclamare una indennità; si è che nella specie vi ha qualche cosa di più della semplice utilità, vi è necessità: i bisogni del comune devono essere soddisfatti al momento in cui sorgono, essi non tollerano alcun indugio, essendo l'acqua un elemento di vita altrettanto indispensabile quanto l'aria.

Qual'è la base dell'indennizzo? Bisogna applicare il principio di diritto comune. Si toglie al proprietario una parte della sua proprietà; dev'essere indennizzato di questa parte. Perciò non si prende in considerazione il vantaggio che l'acqua procura al comune, questo potendo essere inapprezzabile. In materia di espropriazione, si stima il valore venale della cosa. I periti faranno lo stesso nel caso dell'art. 643; essi stimeranno ciò che vale il diritto illimitato di usare le acque della sorgente, ed il minor valore che potrà attribuirsi al fondo quando sarà limitato il diritto assoluto del proprietario (2).

---

(1) Sentenza di rigetto del 29 novembre 1830 (Dalloz, alla parola *Servitude* n. 183, 1) e del 26 luglio 1836 (Dalloz, alla parola *Action possessoire*, n. 759).

(2) Demolombe, t. XI, p. 121, n 97. Aubry e Rau, t. III, p. 42, n. 37.

222. L'art. 643 dice che l'indennità sarà dovuta solo se gli abitanti non hanno *acquisito* o *prescritto* l'uso delle acque. Con la parola acquisito la legge intende il *titolo* che con la *prescrizione* formano il diritto comune in questa materia. Se vi è un titolo, questo regolerà le condizioni sotto le quali il proprietario della sorgente ha rinunciato al suo diritto assoluto di proprietà. Se vi è prescrizione, non può più parlarsi d'indennità, poichè la prescrizione implica il consenso del proprietario della sorgente a che gli abitanti godano delle acque. Che cosa è dunque la *prescrizione dell'uso delle acque,* di cui parla l'articolo 643? Stando al testo, si tratterebbe di una prescrizione acquisitiva; ma se la legge si interpreta così, essa è, o inutile, od in opposizione col principio stesso sul quale si basa. Inutile, nel senso che la parola *acquisito* implica di già la prescrizione, poichè s'acquista tanto per prescrizione quanto per titolo, secondo l'art. 641 che si serve della medesima parola. Contraddittorio, poichè se la *prescrizione dell'uso delle acque* è una prescrizione acquisitiva, ne risulterà che il comune dovrà acquistare il diritto alle acque mediante un lungo possesso, mentre l'art. 643 dice che « il proprietario della sorgente non può deviarne il corso, quando somministri agli abitanti di un comune l'acqua ch'è lor necessaria ». È dunque la legge che stabilisce questa servitù a vantaggio degli abitanti, ed è solamente dopo averla stabilita che aggiunge potere il proprietario reclamare una indennità. Se la servitù è legale, è contradditorio esigere che gli abitanti acquistino l'uso delle acque mediante un lungo possesso. La servitù esiste di pieno diritto. Rimane a pagare l'indennità che il proprietario della sorgente può reclamare. È questo un credito ordinario che si prescrive coll'ordinario decorso di trent'anni. Giungiamo così alla conclusione che la prescrizione di cui parla l'art. 643 è una prescrizione liberatoria, estintiva. Da qual'epoca incomincia a decorrere? Dall'istante in cui il comune usa o dichiara di voler usare della servitù che la legge stabilisce in suo favore, il diritto all'indennità esiste, il proprietario della sorgente può reclamarla e per conseguenza il comune può prescriverla.

Questa è l'opinione quasi generale. Vi è qualche dubbio perchè il testo della legge è formale, esso richiede una prescrizione acquisitiva. Così non mancarono interpreti che, prendendo il testo alla lettera, hanno tentato di conciliare la fine dell'articolo 743, che parla di una prescrizione allo scopo di acquistare l'uso della sorgente, col principio, che accorda di pieno diritto l'uso delle acque agli abitanti del comune quando ne hanno bisogno. Si nega che il comune abbia il diritto d'usare delle acque della sorgente, sol perchè gli sono necessarie, nell'istante medesimo in cui si appalesa la necessità. La legge, si dice, non attribuisce agli abitanti che il diritto d'acquistare l'uso delle acque per mezzo di una espropriazione ch'essa lor permette di imporre al proprietario della sorgente. Donde segue che l'espro-

priazione, e perciò il diritto alle acque, non esiste che dal momento in cui essi han dichiarato al proprietario della sorgente l'intenzione di profittare del beneficio della legge. Che se non notificano formalmente al proprietario della sorgente la loro volontà, se usano solo di fatto delle acque, non vi è espropriazione, perciò non vi è diritto alle acque stesse. Essi non acquisteranno in questo caso diritto alcuno, se non quando costruiscano opere visibili allo scopo di appropriarsi l'uso delle acque della sorgente, che acquisteranno allora senza che siano tenuti a verun indennizzo verso il proprietario. Il pensiero della legge è dunque questo: gli abitanti d'un comune possono acquistare il diritto alle acque per titolo o prescrizione, secondo il diritto comune; essi possono acquistarlo altresì per espropriazione pagando un'indennità (1).

La spiegazione ci sembra poco soddisfacente. Essa disconosce il carattere della servitù stabilita dall'art. 643, la quale è una servitù di utilità pubblica che ha il suo principio e la sua giustificazione nella necessità. Essa esite di pieno diritto, e senza l'obbligo di alcuna notificazione; tuttociò che dicesi di una dichiarazione di volontà e di espropriazione è pura invenzione, la legge ignora la parola e la cosa, e nulla di più naturale. Vi sono bisogni urgenti da soddisfare, occorre dunque che il diritto sorga al momento stesso in cui nascono i bisogni. Perciò l'interpretazione che noi combattiamo introduce nella legge una idea ad essa estranea. In conclusione la spiegazione nulla spiega: la sola difficoltà che presenta l'art. 643 è una difficoltà di testo, e questa rimane ancora. Infatti, nell'ultima parte dell'articolo si parla di una prescrizione acquisitiva. Si domanda: a che pro? non è questo il diritto comune in virtù dell'art. 641? e perchè ripetere nell'art. 643 ciò che è già scritto nei precedenti? La legge parla di prescrizione a proposito dell'indennità. Ora il diritto all'indennizzo si prescrive con una prescrizione estintiva e non con una prescrizione acquisitiva. Al titolo delle *Servitù* vi è una disposizione affatto analoga. Il proprietario di un fondo interchiuso ha una servitù di passaggio a condizione di pagare un'indennità; ecco una servitù legale, ch'esiste di pieno diritto, anche contro la volontà del proprietario del fondo su cui si esercita. Ma questi ha diritto ad una indennità, la quale è prescrittibile, dice l'art. 685. Occorre per questa prescrizione il possesso della servitù? Si tratta di una prescrizione acquisitiva? No, il codice dice formalmente che è prescrittibile l'*azione d'indennità*. Dunque la prescrizione è estintiva. Perchè sarebbe acquisitiva in un caso identico, quello dell'art. 643? Dov'è la medesima ragione di decidere, la decisione deve essere la stessa.

---

(1) MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 757 e seg., secondo VALETTE. Confronta PROUDHON, t. IV, 1388. In senso contrario, tutti gli autori citati in AUBRY e RAU, t. III, p. 43, nota 39. In favore dell'opinione di PROUDHON, si vegga una decisione del tribunale di Grasse del 24 gennaio 1844 (DALLOZ, 1846, 2, 223).

N. 2. — Delle acque piovane.

I. — Proprietà delle acque piovane.

223. Il codice civile non si occupa delle acque piovane, se non per dire che il proprietario deve costruire i suoi tetti in modo che le acque piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica. Questa lacuna ha dato luogo a grandi difficoltà. Si legge in una sentenza della Corte di Liegi che non contenendosi nel codice alcuna disposizione sul corso delle acque piovane, bisogna consultare le antiche leggi e l'antica giurisprudenza, e specialmente il diritto romano (1). Noi vedremo che l'antico diritto non ha impedito che insorgessero interminabili controversie.

Tutti sono d'accordo sopra questo principio, cioè che le acque piovane appartengono al primo occupante. È certo che al momento in cui cadono dal cielo, non sono proprietà d'alcuno; sono un elemento della natura che si confonde con l'aria e con le nubi; ma dall'istante in cui son cadute, divengono oggetto d'appropriazione. Le acque piovane che si trovano sul mio fondo mi appartengono certamente; rimane a sapere in virtù di qual titolo. Si dice che ciò avvenga per diritto di occupazione (2). Ci sembra più giusto dire che le acque appartengono al proprietario del terreno sul quale cadono, per diritto d'accessione. L'occupazione suppone una presa di possesso; ora, è forse necessario che io ponga in essere un fatto qualunque per divenire proprietario delle acque piovane che coprono il mio fondo? No, certo; io ne son proprietario per ciò soltanto che esse si trovano sulla mia proprietà, in virtù del principio generale dell'accessione: « La proprietà del suolo, dice l'art. 552, importa la proprietà di ciò che esiste, tanto al disopra che al disotto di questo ».

224. Da ciò si deduce che le acque piovane sono l'obbietto di una proprietà assoluta. Sotto questo rapporto si possono paragonare alle sorgenti che scaturiscono in un fondo: l'acqua di esse sia che esca dal fondo, sia che vi s'infiltri o che lo copra, sempre confondesi col suolo, appartiene dunque al proprietario del suolo allo stesso titolo di questo; ciò vuol dire ch'egli ne ha la proprietà piena ed intiera. Bisogna applicare dunque alle acque piovane ciò che abbiamo detto della proprietà delle sorgenti. Il proprietario può assorbirle per usi agricoli, industriali

(1) Liegi, 31 gennaio 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 36).

(2) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n. 1299. Confronta le sentenze di Caen del 26 febbraio 1844 (Dalloz, 1845, 4, 479) e di Digione del 17 giugno 1864 (Dalloz, 1865, 2, 97).

o di semplice abbellimento, può deviarle; ancorchè le avesse lasciate scorrere per un tempo immemorabile sul fondo inferiore, può sempre trattenerle per usarne a sua volontà (1).

225. Ciò non è menomamente contestato quando si tratta di acque piovane che cadono sopra una proprietà privata. Vi è tuttavia una sentenza della Corte di Gand che sembra aver giudicato il contrario. La decisione è formulata dall'estensore così: « Il proprietario del fondo superiore non può deviare a suo piacimento la direzione naturale dello scolo, senza utilità reale pel suo fondo ed in pregiudizio del fondo inferiore alla cui irrigazione servivano queste acque (2) ». Se tale fosse il vero significato della sentenza bisognerebbe dire che essa è contraria ai principii più elementari che regolano la proprietà. Il proprietario fa della sua cosa ciò che vuole, egli può usarne; sarà questa una ragione perchè altri se ne impadronisca sotto il pretesto ch'è inutile al suo padrone? Senza dubbio, il legislatore avrebbe potuto stabilire altri principii per le acque che la natura ha destinate al servigio di tutti. Ma non lo ha fatto. Restiamo quindi sotto l'impero dell'articolo 544; il proprietario delle acque piovane, al pari del proprietario d'una sorgente, ha il diritto di goderne e disporne nel modo più assoluto. In tal senso venne giudicato per le sorgenti, e ciò non può essere seriamente contestato (n. 188). Ma si è interpretato bene il concetto della sentenza di Gand? È vero che la Corte constata che la direzione naturale delle acque è stata deviata senza utilità pel fondo superiore ed in pregiudizio del fondo inferiore; indi stabilisce il principio che il proprietario non può deviare il corso delle acque senza utilità per lui ed in pregiudizio di un proprietario inferiore; ma ha cura d'aggiungere il motivo di questa decisione: « poichè, dice la sentenza, è interdetto d'agire nel solo scopo di nuocere altrui ». Ecco il motivo determinante della decisione; è quello che Ulpiano porgeva per le sorgenti (n. 188), e non è che l'applicazione dei principii generali di diritto. Per assoluto che sia, il diritto di proprietà ha pure le sue limitazioni, ed una di queste è appunto la massima che la coscienza proclama e che tutte le legislazioni consacrano: che, cioè il dolo fa sempre eccezione, ancorchè la legge non scriva tale eccezione nel suo testo. Ciascuno risponde sempre del suo dolo, vale a dire che nessuno può usare del suo diritto al solo scopo di nuocere altrui. Così intesa, la decisione della Corte di Gand è perfettamente giuridica.

226. Che si dirà delle acque piovane che cadono sulla via pubblica? Tutti ammettono che i proprietari adiacenti possono derivarle sui loro fondi, per diritto di occupazione, non appar-

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n. 1330.
(2) Gand, 27 gennaio 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 233).

tenendo esse ad alcuno (1). Ma ciò non ci sembra menomamente esatto. Le acque piovane si confondono col fondo su cui cadono; quelle che cadono sulla via pubblica divengono un accessorio della strada sulla quale si trovano. Ora, le strade sono una pertinenza del demanio pubblico dello Stato, delle provincie o dei comuni; dunque le acque piovane vanno altresì a far parte del demanio pubblico. Ciò è singolarissimo, ma lo esige il rigore dei principii. Tuttavia vi è una differenza tra la via pubblica e le acque che la ricoprono; quella è destinata alla circolazione, ed a questo titolo è posta fuori di commercio; le acque al contrario nuocciono alla circolazione, ed è quindi necessario di deviarle; spetta all'autorità amministrativa incaricata dell'edilizia di vegliare a che le acque non ingombrino le vie di comunicazione; essa può permettere dunque ai proprietari adiacenti di derivarle sui loro fondi. Ordinariamente questa concessione è tacita, e ciò basta Se dunque i proprietari adiacenti possono occupare le acque piovane che scolano dalle strade, ciò avviene in virtù d'un'autorizzazione tacita del potere amministrativo, e non per diritto di occupazione.

Da ciò deriva che l'autorità amministrativa può concedere l'uso di queste acque ad uno dei proprietari adiacenti, stipulando un prezzo per tale concessione. Si è contestato questo diritto al potere amministrativo, ma senza una buona ragione. Le acque sono *res nullius,* si dice; dunque appartengono al primo occupante (2). Sì; se i proprietari adiacenti vogliono occupare le acque nelle nuvole lo possono certamente; ma dal momento che cadono sopra un fondo qualunque, il diritto di occupazione cessa perchè le acque accedono al suolo. Anche quando si ammettesse questo diritto d'occupazione, i proprietari adiacenti non ne sarebbero più avvantaggiati. Infatti, non possono altresì il comune, la provincia e lo Stato esercitare il diritto d'occupazione? Ora, essi lo esercitano concedendo l'uso delle acque. Nulla di più legittimo; incaricato della manutenzione delle vie di comunicazione, lo Stato ha il diritto ed il dovere di vegliare al corso delle acque. Spetta dunque ad esso di vedere qual'è il miglior mezzo per raggiungere lo scopo Se può procurarsi un reddito, ottenendo insieme la deviazione delle acque, chi potrebbe contestargli questo diritto?

227. Dal principio che i proprietari adiacenti ad una via pubblica acquistano le acque piovane, non per diritto d'occupazione, ma per via d'autorizzazione, consegue che essi non

---

(1) Liegi, 31 gennaio 1833 (*Pasicrisie,* 1833, 2, 55). L. 1, § 21, D. *de aqua e aqua pluv. arc.* (XXXIX, 3). Confronta gli autori citati da AUBRY e RAU, t. III p. 44, nota 4.

(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 142, n. 116. DURANTON, t. V, n. 159, p. 155. In senso contrario, PROUDHON, *Du domaine public,* t. IV, nn. 1336 e 1338. AUBRY E RAU t. II, p. 44 e nota 5, e le autorità ivi citate.

hanno sopra le medesime un vero diritto di proprietà, poichè, le concessioni di tutto ciò che ha tratto al demanio pubblico sono essenzialmente revocabili. Lo Stato può disporre del terreno che forma la strada, quando questa è soppressa; da questo istante cessano altresì le concessioni che esso abbia fatte. Dunque se per conseguenza di lavori pubblici eseguiti dal governo, i proprietari adiacenti perdono l'uso delle acque piovane che avevano deviate col tacito permesso del potere amministrativo, non possono reclamare alcuna indennità; per conseguenza quest'uso precario delle acque non è preso in considerazione per valutare l'ammontare della indennità cui i proprietari adiacenti hanno diritto in caso di espropriazione per utilità pubblica. Non sarebbe lo stesso se, per effetto di pubblici lavori, i proprietari adiacenti espropriati d'una parte dei loro fondi fossero privati del godimento delle acque che scolano sui loro fondi, per la parte della proprietà che loro rimane; a questo titolo potrebbe farsi luogo all'indennità (1).

228. Noi diciamo che le acque piovane che cadono sopra un fondo privato sono l'obbietto di una proprietà assoluta. Ciò non è dubbio se le acque sono assorbite dal fondo od altrimenti impiegate dal proprietario. Ma quando le acque piovane scolano dal fondo superiore sull'inferiore, nasce la questione di sapere se si debbano applicare alle acque piovane i principii che regolano le acque correnti. È certo che i fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque piovane che scolano naturalmente dai fondi superiori (art. 640). Noi ritorneremo su questo punto trattando delle servitù che risguardano le acque. Si applicherà anche alle acque piovane il principio stabilito dall'art. 644 e per conseguenza l'art. 645? L'articolo 644 suppone un'acqua corrente che costeggia un fondo o lo attraversa. Fino a quando le acque piovane non formano ruscello, non può parlarsi dell'applicabilità di disposizioni che implicano l'esistenza d'un ruscello. A chi dunque apparterranno le acque piovane? Bisogna dire che conserveranno la loro natura di acque piovane nel senso che se quegli sul cui fondo sono cadute le lasci scorrere, il proprietario inferiore potrà impadronirsene, ed egli pure a titolo d'accessorio del proprio suolo, poichè dal momento che abbandonano un fondo, cessano di essere l'accessorio di questo per accedere a quello sul quale si spargono. Ciò non vuol dire ch'egli acquisti un diritto allo scolo delle acque; noi diremo più innanzi quali condizioni occorrano per ciò. Il proprietario superiore può sempre trattenere le acque finchè il proprietario inferiore non ha nè titolo nè prescrizione. Diciamo appositamente il *proprietario* inferiore, e non i *rivieraschi,* poichè non può farsi questione di rivieraschi finchè non vi è corso d'acqua.

(1) Liegi, 13 gennaio 1848 (*Pasicrisie,* 1849, 2, 184).

Ma quando le acque piovane formano un ruscello, nasce la questione di sapere se gli articoli 644 e 645 sono applicabili. Non esitiamo un istante a rispondere affermativamente. L'articolo 644 è concepito nei termini più generali; esso si applica ad ogni « acqua corrente diversa da quella ch'è dichiarata spettanza del demanio pubblico », senza distinguere se questa abbia origine da una sorgente, dallo scioglimento delle nevi o dalle acque piovane. E non v'era luogo a distinguere. Che importa il modo col quale si forma un corso d'acqua? Esso è l'opera della natura, e, come tale, deve profittare a tutti i rivieraschi, perchè la natura destina le acque correnti a tutti, e la legge consacra il voto della natura. Ove sarebbe la ragione di far differenza tra i ruscelli formati dalle acque sorgive o dalle nevi e i ruscelli formati dalle acque piovane? forse che per avventura l'acqua sarebbe un elemento diverso secondo che esce dalle profondità della terra o cade sul suolo, ovvero secondo che vi cada sotto forma di neve o sotto forma di pioggia?

In favore della nostra opinione sta una sentenza della Corte di Gand (1); la giurisprudenza e la dottrina francese sono contrarie (2). Si dice che l'articolo 644 non concerne che le acque vive. È un'allegazione, ma dov'è la prova? Certo non nel testo il quale non esige che una sola cosa, cioè che vi sia un corso d'acqua; e lo spirito non è meno generico che la lettera della legge. Sarebbe forse perchè le acque piovane non hanno un corso continuo? Ma che importa? Forse che le sorgenti scorrono sempre? forse che non vi sono torrenti a secco nelle grandi siccità? Quando non vi sono acque, i rivieraschi non se ne disputeranno l'uso; il che non impedirà loro d'appropriarsele quando ricompariranno. Si dirà che le acque piovane, anche divenute acque correnti, rimangono una proprietà assoluta? Sì, nel senso che il proprietario dei fondi su cui cadono può trattenerle, assorbirle, ancorchè le avesse lasciate scorrere, ancorchè avessero formata un'acqua corrente. Ma non è qui la questione. Di fatto, esse formano un'acqua corrente: si dovranno applicare gli articoli 644 e 645? Per rispondere affermativamente, basta leggere il testo della legge.

---

(1) Gand, 7 luglio 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 273).

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 46 e nota 1, e le autorità che citano. Vedi la giurisprudenza in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 337, 1.° e 2.°

II. — Diritti dei proprietari inferiori.

a) *Acque piovane che cadono sopra una proprietà privata*

229. Le acque che cadono sopra un terreno privato appartengono al proprietario del fondo al medesimo titolo delle sorgenti che vi scaturiscono. Questo principio è ammesso da tutti. Esso conduce alla conseguenza che le disposizioni degli articoli 641 e 642 sono applicabili, per analogia, alle acque piovane, per ciò che riguarda i diritti che i rivieraschi inferiori possono acquistare sulle acque della sorgente. Vi è tuttavia una differenza che noi abbiamo già ricordata incidentalmente, e sulla quale bisogna insistere. La sorgente è un'acqua corrente; finchè si trova nel fondo in cui scaturisce, essa appartiene esclusivamente al proprietario di esso. Dal momento ch'esce da questo fondo, cade sotto l'applicazione dell'articolo 644; appartiene allora, in un certo senso, ai rivieraschi. Non è lo stesso delle acque piovane. Se il proprietario del fondo su cui cadono non le utilizza, scorreranno sui fondi inferiori, senza che formino necessariamente un ruscello; conservano dunque il loro carattere d'acque piovane. Donde risultano delle differenze tra i diritti dei proprietari inferiori, secondo che le acque che essi ricevono sono piovane o sorgive. Nella nostra opinione, il proprietario della sorgente non ne può disporre fuori del suo fondo, perchè essa cessa allora di essere una sorgente per divenire un'acqua corrente, ed il padrone della sorgente non può disporre di un'acqua corrente di cui la legge attribuisce l'uso ai rivieraschi. Tale obbiezione non può farsi a colui che riceve pel primo le acque piovane; se egli le lascia scorrere sui fondi inferiori, ciò non impedirà che rimangano acque piovane sino a che formano un ruscello; egli non vien dunque privato dal suo diritto di disposizione in forza dell'articolo 644, perchè questo non è applicabile finchè non vi è acqua corrente. Potrà dunque valersi delle acque come meglio gli piace. In questo senso, il suo potere è più assoluto di quello del proprietario d'una sorgente.

Ma d'altra parte il proprietario inferiore sul cui fondo scolano le acque piovane ha diritti più estesi di quelli che l'articolo 644 attribuisce ai rivieraschi d'un ruscello. Il diritto di costoro è limitato dall'egual diritto dei conrivieraschi o dei rivieraschi inferiori. Per le acque piovane, non vi sono rivieraschi, poichè non v'ha ruscello. Che avverrà dunque di esse all'uscire dal fondo su cui sono dapprima cadute? A misura che si spargono sopra un fondo inferiore, accedono al suolo ed appartengono per conseguenza al proprietario del terreno ch'esse ricoprono. La proprietà di costui è dunque altrettanto assoluta

quanto quella del proprietario superiore, poichè è fondata sul medesimo principio, il diritto di accessione; egli può quindi egualmente disporre delle acque che riceve (1). Si dedurrà da ciò che egli possa opporsi a che il proprietario sul cui fondo sono dapprima cadute le trattenga, le assorba o le devii? No certo. Poichè costui conserva il suo diritto sulle acque che cadranno, ne rimane il proprietario assoluto, libero d'usarne a suo arbitrio, fino a che il proprietario inferiore non ha acquistato un diritto sulle acque, vale a dire finchè il fondo superiore non sarà stato gravato d'una servitù che metta ostacolo al libero uso delle acque, assoggettandolo all'onore di lasciarle scorrere sul fondo inferiore.

230. In qual modo potranno i proprietari inferiori acquistare questa servitù sul fondo in cui cadono le acque piovane? L'articolo 641 risponde: per titolo o per prescrizione. Bisogna aggiungervi la destinazione del padre di famiglia, come abbiamo fatto per le sorgenti (n. 195). Quanto al titolo, non vi è alcuna difficoltà, poichè la restrizione imposta dall'art. 643 al proprietario della sorgente non esiste pel proprietario delle acque piovane; egli ha dunque un potere assoluto di disporne mediante un titolo qualsivoglia. Queste convenzioni costituendo una servitù debbonsi per ciò appunto interpretare restrittivamente. Sono limitazioni alla proprietà assoluta del proprietario delle acque piovane, ma le restrizioni lasciano sussistere il diritto, finchè non vi si deroga espressamente. La Corte di Limoges ha applicato questi principii ad una specie singolare. Il proprietario di due prati contigui li vende a due persone diverse, ed impone ai suoi acquirenti, nel contratto di vendita, delle norme aventi per oggetto di ripartire fra di loro l'uso delle acque piovane scorrenti dai fondi superiori. Indi egli compera uno di questi fondi. Per irrigarlo deriva le acque che scorrevano per lo innanzi sovra i due fondi inferiori. Uno dei proprietari inferiori domanda la rimozione dell'opera. Fu deciso che il proprietario superiore ha sempre il diritto di trattenere le acque piovane e derivarle a suo vantaggio, senza che si possa opporgli il godimento che avevano avuto i proprietari inferiori, perchè questo godimento da solo non attribuisce loro alcun diritto. Quanto alle convenzioni intervenute tra le parti, esse regolavano solamente l'uso delle acque che i proprietari superiori lasciassero scorrere: esse non imponevano e non potevano imporre a costoro una servitù, questa non potendo emanare che dal proprietario istesso del fondo che n'è gravato (2).

231. Ciò che diciamo del titolo s'applica del pari alla destinazione del padre di famiglia. La legge considera questo modo di costituire le servitù alla stessa stregua che il titolo (art. 692),

---

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 43, nota 3. Demolombe, t. XI, p. 129, n. 105.
(2) Limoges, 16 giugno 1846 (Dalloz, 1847, 2, 55).

purchè le servitù siano continue ed apparenti. Ora, la servitù di cui trattasi è continua, e noi supponiamo che si manifesti con lavori visibili. Quindi non vi è alcun dubbio. Diremo più innanzi che la questione è stata decisa in senso diverso dalla giurisprudenza, quando si tratta di acque piovane derivate dalla via pubblica. Il medesimo dissenso esiste, ed in più alto grado, per ciò che concerne l'acquisto della servitù mediante prescrizione. La questione è anche controversa per le acque piovane che cadono sopra un fondo privato. Per non scinderla, l'esamineremo in appresso.

232. Vi è pur controversia sul punto di sapere se l'art. 643 sia applicabile alle acque piovane. Qui non sappiamo comprendere la ragione del dissidio. L'art. 643 proibisce al proprietario della sorgente di deviarne il corso, quando somministra agli abitanti d'un comune l'acqua che è loro necessaria. Ciò suppone un'acqua corrente. Finchè la sorgente è compresa nel fondo in cui scaturisce, l'art. 643 non riceve applicazione. A maggior ragione non si può applicarlo alle acque piovane che non hanno corso, ma che coprono soltanto il fondo, che finisce per assorbirle. Si può impedire al padrone di queste acque di deviarne il cammino, quando questo non esiste? Ma del pari, al momento in cui le acque piovane divengono un'acqua corrente, l'art. 643 deve trovare applicazione. Si oppone che si tratta di una norma esorbitante dal diritto comune, che non può quindi estendersi per analogia. Ma la questione è precisamente di sapere se applicandola alle acque piovane la si estende. Tutti sono d'accordo nel decidere che l'art. 641 va applicato per analogia, alle acque piovane, nel senso che il proprietario ne può disporre a sua volontà. Quando dunque l'art. 643, continuando l'art. 641, dice: « Il proprietario della sorgente non può deviarne il corso » gli è come se dicesse: « Il proprietario delle *acque* non può deviarne il corso ». Vi è un benchè lontano motivo di fare differenza fra le acque di sorgente e le acque formate dalla pioggia o dallo scioglimento delle nevi, quando si tratta d'un ruscello indispensabile pei bisogni di prima necessità d'un comune? Che importa il modo con cui il ruscello si è formato? Ciò che costituisce e giustifica la servitù è che esso è necessario agli abitanti; dunque dal momento che la necessità esiste, vi è servitù. La parola *sorgente* di cui la legge si serve nell'art. 643 non è una condizione, ma una semplice indicazione (1).

233. Si domanda ancora se l'art. 645 si applica alle acque piovane. Ci sembra che la questione debba essere decisa secondo i medesimi principii. Finchè le acque piovane non formano acqua corrente, non può parlarsi dell'applicabilità dell'art. 645, poichè

---

(1) In questo senso, PARDESSUS, t. I, p. 333. In senso contrario, DEMOLOMBE, t. XI, p. 139, n. 113, e DEMANTE, t. II. n. 495 *bis*, I, p. 579.

questa disposizione è il seguito dell'art. 644, che parla di un'acqua corrente che costeggia od attraversa un fondo. Ma dal momento che le acque piovane formano un ruscello, cadono sotto l'applicazione dell'art. 644, e perciò diviene egualmente applicabile l'art. 645. Si obbietta che le acque piovane appartengono a colui sul terreno del quale cadono. Senza dubbio, e finchè rimangono allo stato di acque piovane, sono alla disposizione esclusiva del proprietario del fondo che coprono. Ma non è lo stesso delle acque della sorgente? Le sorgenti appartengono pure al proprietario del fondo su cui scaturiscono, ma se il proprietario non le assorbe, se divengono un'acqua corrente, cadono sotto il disposto degli articoli 644 e 645. Lo stesso accadrà delle acque piovane; poichè ancora una volta, non vi è la minima ragione per stabilire una differenza tra un ruscello formato d'acque di sorgente ed un ruscello formato d'acque di pioggia o di neve. Dunque, in tutti i casi il ruscello sarà dominio comune dei rivieraschi, come dice l'art. 644, e se tra costoro sorgono contestazioni, i tribunali godranno del potere discrezionale che loro accorda l'art. 645 (1).

b) *Acque piovane che cadono sulla via pubblica.*

234. Si applicheranno i medesimi principii alle acque piovane che scolano dalla via pubblica, e di cui i proprietari adiacenti s'impadroniscono con l'autorizzazione tacita dello Stato, della provincia o del comune, cui appartiene la strada sulla quale le acque son cadute? Qui entriamo in un pelago di controversie. Bisogna anzitutto precisare i diritti dei diversi rivieraschi. Supponiamo che il proprietario della via pubblica non abbia fatta alcuna concessione delle acque piovane che ne scolano. I proprietari adiacenti ricevono dunque le acque nella loro qualità di proprietari inferiori, come se le acque scorressero da un fondo privato. Essi ne divengono proprietari per diritto d'accessione, a misura che quelle si spandono sul fondo; ciò non presenta alcun dubbio, tale essendo il diritto comune. Ricevendo le acque, essi non acquistano alcun diritto allo scolo delle acque piovane contro il proprietario della via pubblica. Anche ciò non è dubbio, per esser questo il diritto comune. Ma quali saranno i rapporti tra i proprietari adiacenti superiori e gli inferiori? Il proprietario adiacente superiore non occupa le acque; un proprietario adiacente inferiore se ne impadronisce; acquista egli un diritto sulle acque mediante questo godimento?

---

(1) In senso contrario, Colmar, 22 agosto 1850 (DALLOZ, 1855, 2, 180).

È stato deciso che le acque piovane possono esser prese, mentre trascorrono dai proprietari adiacenti alla via pubblica, quando loro aggrada; che se il proprietario superiore le lascia scorrere, e se il proprietario inferiore se ne impadronisce, ciò non impedisce al proprietario superiore di derivare le acque piovane sul suo fondo (1). Queste massime sono incontestabili. Soltanto abbiamo delle riserve a fare dal punto di vista della ragione di decidere. Si dice che le acque piovane che cadono sulla via pubblica sono *res nullius* e divengono, come tali, proprietà del primo occupante; e nel contempo s'insegna che l'autorità amministrativa ha il diritto di concedere l'uso esclusivo delle acque che coprono la via pubblica (2). Ciò è contraddittorio. Per poter concedere l'uso esclusivo delle acque piovane, il potere amministrativo deve averne la proprietà; se n'è proprietario, non si può dire che le acque piovane sono *res nullius*, e che a questo titolo appartengono al primo occupante. Donde segue che il diritto dei proprietari adiacenti non può essere fondato sull'occupazione. Qual'è dunque il diritto dei proprietari adiacenti e su che riposa? Se l'acqua scola naturalmente dalla via pubblica sui fondi inferiori, i proprietari di questi fondi ne acquistano la proprietà per diritto di accessione; e questa proprietà è altrettanto assoluta quanto quella del padrone del fondo in cui la acque son cadute, salvo, ben inteso, il diritto di costui ad impadronirsi delle acque e trattenerle. Ma questo non è l'obbietto della questione; eccolo invece: le acque scolano dalla via pubblica in un fossato od in una specie di canale che costeggia i fondi adiacenti. Uno dei proprietari adiacenti le deriva dal loro corso naturale per l'irrigazione delle sue terre. Ne ha egli il diritto? Egli occupa le acque che appartengono al proprietario della via pubblica; non può farlo che mediante una concessione espressa o tacita. Non vi è concessione; dunque vi è autorizzazione tacita per tutti i proprietari adiacenti di servirsi delle acque; l'uso che ne fa il proprietario inferiore non impedisce al proprietario superiore di usarne, poichè il diritto di tutti i proprietari è identico, non intendendo il potere amministrativo di accordare un privilegio all'uno in pregiudizio degli altri. Se tale fosse la sua intenzione, farebbe una concessione espressa.

Giungiamo così alla medesima conclusione della dottrina e della giurisprudenza. I proprietarii adiacenti, come tali, non hanno diritto allo scolo delle acque; se possono derivarle sui loro fondi, si è in virtù d'una autorizzazione tacita che giova a tutti, ad ugual titolo. Il possesso dei proprietarii inferiori non può esser dunque opposto ai proprietarii superiori. Ma non può

---

(1) Sentenza di rigetto del 21 luglio 1825, e Rennes, 10 febbraio 1826 (DALLOZ alla parola *Servitude*, n. 352, 1 e 2).

(2) AUBRY e RAU, t. III, pag. 44, note 4 e 5, e le autorità che vi sono citate.

il possesso delle acque dar luogo, tra proprietarii adiacenti, a convenzioni, e per conseguenza alla destinazione del padre di famiglia ed alla prescrizione?

235. La dottrina e la giurisprudenza ammettono che le acque piovane derivate dalla via pubblica possono formare oggetto di convenzione tra i proprietari adiacenti. Ciò non è punto contestabile. Nella nostra opinione tutti i proprietarii adiacenti hanno un egual diritto all'uso di queste acque. L'uno ne ha bisogno per l'irrigazione delle sue terre, mentre sono affatto inutili all'altro: perchè non potrebbero pattuire che l'ultimo si interdica la facoltà di derivare le acque sopra i suoi fondi a vantaggio del primo, che ne avrà così l'uso esclusivo? Nulla di più legittimo che una simile convenzione. Nell'opinione generale che fonda il diritto dei proprietarii adiacenti sull'occupazione si arriva allo stesso risultato (1). I proprietarii adiacenti s'impadroniscono delle acque perchè non appartengono a nessuno; ma non si possono occupare che le acque cadute, non già quelle che non esistono ancora. Dunque, nella teoria dell'occupazione, le parti interessate non potrebbero stipulare che relativamente alle acque già da esse occupate. Il diritto di occupare le acque che cadranno può essere ceduto? o può essere modificato da convenzioni? Se si considera il diritto d'occupazione come appartenente ai fondi adiacenti, esso potrà altresì venirne staccato. Rimarrebbe a conciliare questo diritto d'occupazione col diritto del proprietario della via pubblica. Lasciamo da parte questa difficoltà. Poco importa, per la soluzione della nostra questione, a qual titolo i proprietarii adiacenti dispongano delle acque; dal momento che ne dispongono, possono consentire delle restrizioni al loro diritto di disposizione. D'onde nascerà una servitù analoga a quella di cui parla l'art. 641, in materia di sorgenti (2).

236. Se può esservi una servitù per titolo, potrà esservi altresì una servitù per destinazione del padre di famiglia, purchè la servitù sia continua ed apparente. Noi supponiamo che la servitù riunisca questi due caratteri, e proveremo più innanzi che la servitù che ha per iscopo di assicurare ad un fondo l'uso delle acque che scorrono sovra un altro fondo è una servitù d'acquedotto, dunque continua ed apparente, se si manifesta mediante segni esterni. Tuttavia la questione è controversa La Corte di cassazione ha deciso che le acque piovane che scorrono sulla via pubblica non appartengono ad alcuno, e non sono suscettibili di un possesso esclusivo. Se così è, non si dovrà concluderne ch'esse non possono formare obbietto d'un diritto di servitù, essendo questa di sua natura altrettanto esclu-

(1) Liegi, 24 gennaio 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 183); Caen, 22 febbraio 1856 (Dalloz, 1856, 2, 134); Bordeaux, 7 gennaio 1846 (Dalloz, 1846, 2, 82).

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 45, nota 7, e le sentenze citate nella nota precedente.

siva quanto la proprietà? Tale non è la conclusione della Corte. Il proprietario adiacente, essa dice, può prendere le acque piovane mentre trascorrono e farne quell'uso che vuole; può dunque altresì concederle al suo vicino, sia per titolo, sia per destinazione del padre di famiglia (1). Senza dubbio il proprietario adiacente può disporre delle acque che ha in suo possesso. Ma qui ricomparisce l'obbiezione che abbiamo fatto testè. Quando si costituisce una servitù, non si tratta solamente delle acque che l'uno dei confinanti possiede, si tratta di tutte quelle che verranno a cadere sulla via pubblica e che certo non sono un possesso del proprietario adiacente. V'ha di più. Quando anche costui non avesse mai goduto delle acque, basta che abbia il diritto di goderne, perchè possa limitare questo diritto a vantaggio d'un altro proprietario adiacente. Ma ha egli questo diritto ed a qual titolo? La sentenza della Corte di cassazione non risolve questa difficoltà.

La Corte di Colmar ha giudicato che le acque piovane non sono suscettibili di servitù, per la ragione che i proprietarii adiacenti non ne godono giammai a titolo di diritto; se le possiedono, è per la tolleranza del proprietario superiore, e la tolleranza esclude qualunque idea di diritto (2). L'obbiezione è seria, ma non è decisiva. A riguardo di chi il possesso è di semplice tolleranza? A riguardo del proprietario del fondo su cui cadono le acque; poichè costui può sempre trattenerle e derivarle, senza che il più lungo godimento del proprietario inferiore abbia facoltà di togliergli un tale diritto; in questo senso il godimento è precario. Ma quantunque precario, il godimento dei proprietari inferiori può essere oggetto di convenzioni; se ne può nascere una servitù convenzionale, può esservi luogo altresì a destinazione del padre di famiglia. La servitù, a qualunque titolo si costituisca, sarà precaria come il possesso che ne è l'obbietto, nel senso che non esisterà se non fino a quando il proprietario superiore non userà del suo diritto di trattenere le acque e di derivarle. Una simile servitù avrebbe scandolezzato i giureconsulti romani; essi non vi avrebbero riconosciuto quel carattere d'una vera servitù che essi chiamavano la perpetuità della causa. Ma essa non ha nulla di contrario ai principii del codice meno rigoroso del diritto romano. È forse sotto l'influenza delle idee romane che Troplong si è pronunziato contro questa servitù costituita sopra acque la cui proprietà, secondo lui, non appartiene ad alcuno. « Che cosa è la destinazione, egli esclama, per sottomettere ad una servitù privata una cosa che appartiene a tutti? Non è uno sforzo sterile, una

(1) Sentenza di rigetto del 25 luglio 1845 (Dalloz, 1845, 1, 385), e Bordeaux, del 7 gennaio 1846 (Dalloz, 1846, 2, 82).
(2) Colmar, 26 maggio 1831 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 357).

illusione della volontà? (1). » V'è oltre quella che abbiamo data un'altra risposta ancora a questa obbiezione: noi la daremo esaminando la questione della prescrizione, ove la medesima si ripresenta in tutta la sua forza.

237. Può il proprietario inferiore acquistare la servitù mediante prescrizione? Tale questione è assai controversa e dubbia. Bisogna anzitutto escludere l'autorità della tradizione romana. I giureconsulti romani insegnano formalmente che il possesso delle acque piovane non può fondare prescrizione. Ma qual'è la ragione di questa imprescrittibilità? Non è, come dicesi oggidì, perchè queste acque sono una cosa *nullius*, ma perchè le acque piovane non cadono che per accidente; non avendo una esistenza permanente, la servitù non avrebbe causa perpetua. Ulpiano e Paolo lo dicono apertamente (2). Noi non entreremo nella controversia della causa perpetua, perchè è riconosciuto essere questa dottrina estranea al diritto moderno. In questo senso, la Corte di Colmar l'ha qualificata *antiquata* (3); il che non le impedisce d'influenzare i migliori ingegni senza che essi se ne avveggano.

La questione si presenta tanto per le acque piovane che cadono sopra un fondo privato quanto per quelle che cadono sulla via pubblica. Vi sono motivi per respingere la prescrizione in modo assoluto? Noi crediamo che nessun principio del nostro codice si opponga alla prescrizione. Perchè una servitù possa acquistarsi mediante prescrizione, occorre anzitutto che sia continua ed apparente. La servitù di cui si tratta riunisce questi due caratteri? Già si contesta questo primo punto, ma a torto, secondo noi. In che consiste la servitù reclamata dal proprietario inferiore? È una condotta d'acqua; infatti i lavori ch'egli fa non hanno altro scopo che di condurre le acque, derivandole sia dal fondo superiore in cui sono raccolte, sia direttamente dalla via pubblica. Per condurle nei suoi fondi, egli fa lavori che noi supponiamo visibili; non vi è contestazione su questo punto; la servitù è dunque apparente. Essa è pure continua; qui abbiamo un testo che ci dispensa da ogni discussione; l'articolo 688, che definisce le servitù discontinue, porge come esempio gli acquedotti (4). Dunque la servitù è continua ed apparente insieme. Rimane a sapere se il possesso trentennale richiesto per la prescrizione (art. 690) riunisce le condizioni volute dalla legge. Qui entriamo nella vera difficoltà.

---

(1) TROPLONG, *De la prescription*, n. 147. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. III, p. 45 e nota 8.

(2) Ulpiano, L. 1, § 5, D., *de aqua quotidiana* (XLIII, 20); L. 1, § 4, D., *de fonte* (XLIII, 22); Paolo, L. X, 28, D., *de servit.* (VIII, 1).

(3) Colmar, 24 agosto 1850 (DALLOZ, 1855, 2, 181).

(4) Una sentenza della Corte di cassazione degli Stati sardi, del 18 maggio 1855, ha deciso che la servitù di cui si tratta è discontinua (DALLOZ, 1855, 2, 241).

A termini dell'art. 2228, il possesso dev'essere continuo. Si pretende che il possesso delle acque piovane non potrebbe esserlo, poichè vi sono necessariamente delle intermittenze. L'obbiezione è basata sopra una falsa idea della continuità che la legge richiede come condizione di ogni possesso che serve di fondamento alla prescrizione. Ciò non vuol già dire che il godimento debba essere continuo, ma che il possessore deve fare quegli atti di possesso che, secondo la natura della cosa, può e deve compiere.

Il possesso delle acque d'una sorgente è continuo, permanente? Quando sono impiegate alla irrigazione, non servono che in taluni giorni ed in talune ore, ed ancora questo godimento diviene impossibile quando la siccità esaurisce le sorgenti. Nondimeno il codice ammette la prescrizione delle acque sorgive; perchè non ammetterebbe quella delle piovane? Si dirà che il codice consacra espressamente l'una (art. 641), il che implica il rigetto dell'altra? Questo argomento, tratto dal silenzio della legge, non ha alcun valore nella specie; la legge non parla delle acque piovane, non accenna nè alla proprietà di esse, nè alle servitù cui dà luogo il loro uso; si potrà concludere da ciò che colui il quale riceve le acque piovane sul suo fondo non ne diviene proprietario? Non insistiamo, poichè non ne vale la pena.

Si legge ancora in talune sentenze che il possesso delle acque piovane non è un possesso non interotto, come richiede l'articolo 2229. Al titolo della *Prescrizione*, diremo che il possesso è *interrotto* quando vi è interruzione della prescrizione. Ora, noi supponiamo che non vi sia stata alcuna interruzione. É dunque un non senso giuridico affermare che il possesso delle acque piovane è, per sua natura, un possesso interrotto. Nè ha maggior valore l'obbiezione che questo possesso è necessariamente equivoco. Si vuol dire con ciò che esso non ha il proprio fondamento che sulla tolleranza, quindi sarebbe precario ed equivoco, nel senso che non si saprebbe se sia un possesso a titolo di proprietà o semplicemente di precario. Perchè mai il possesso delle acque piovane sarebbe equivoco per sua natura, mentre non lo è quello delle acque sorgive? Noi cerchiamo invano la ragione di questa differenza. Forse perchè le acque piovane presentano minore utilità? Se non fossero utili, non se ne disputerebbe il godimento, e noi non avremmo bisogno di discutere la questione (1).

238. Dal punto di vista dei principii generali che regolano la prescrizione, nulla dunque vi è che si opponga a che la servitù d'acquedotto s'acquisti mediante di essa, quando si tratta

(1) Vedi, su tutti questi punti, un'eccellente nota di Mourlon, inserita nella *Recueil périodique* di Dalloz, 1865, 2, 97.

d'acque piovane. Rimane l'obbiezione che si trova in tutte le sentenze, e che Troplong ha riprodotta (1). Non può concepirsi una servitù cadente sopra una *res nullius*. Precisiamo anzitutto la difficoltà; finchè si rimane nel vago, non si sa bene su che si discuta. La servitù è uno smembramento della proprietà; come tale, essa importa che la cosa che ne è l'oggetto sia suscettibile di proprietà; ora, le *res nullius* sfuggono all'appropriazione, dunque non sono suscettibili di servitù. A questa obbiezione si possono dare parecchie risposte. Noi abbiamo molto insistito sulla servitù che grava il fondo in cui scaturisce una sorgente (art. 641). Quale ne è l'obbietto? Come ogni altra servitù, essa è una restrizione alla proprietà; vale a dire che il proprietario del fondo in cui la sorgente scaturisce perde, in forza della costituzione della servitù, un diritto che gli spetta come proprietario del fondo, quello cioè di usare a suo arbitrio delle acque, come può usare di tutto ciò che gli appartiene in piena proprietà. Ebbene, accade precisamente lo stesso quando si tratta d'acque piovane. Ciò non è dubbio affatto quando le acque piovane cadono sopra un fondo privato e la prescrizione è acquisita contro il proprietario di questo fondo; in tal caso, vi è identità assoluta. Il padrone del fondo superiore ha, come proprietario, il diritto d'usare a sua posta delle acque piovane che accedono al suo fondo; egli perde questo diritto, il suo fondo è sottoposto a servitù quando il proprietario ha prescritto contro di lui. Si dirà ch'egli prescrive una *res nullius?* Ciò non ha senso: egli prescrive contro il diritto assoluto di proprietà del proprietario superiore: forse che il diritto illimitato appartenente al proprietario del fondo è una *res nullius?*

Supponiamo ora che si tratti d'acque piovane cadute sulla via pubblica. Il proprietario adiacente superiore le ha derivate sul suo fondo. Forse che il proprietario inferiore può prescrivere contro di lui? potrà egli, cioè, mediante la prescrizione limitare il diritto che spetta al proprietario adiacente superiore d'usare delle acque che ha derivate dalla via pubblica? Questa ipotesi si confonde realmente con quella che abbiamo or ora esaminata. Infatti, dal momento che le acque piovane entrano nel fondo superiore, divengono l'obbietto d'una proprietà assoluta al pari di quelle che cadono direttamente sul suo fondo. Dunque il suo diritto di proprietà può essere ristretto dalla prescrizione. Si obbietta che vi è una differenza: le acque piovane che cadono sopra un fondo privato diventano direttamente ed immediatamente proprietà del padrone di questo fondo, mentre il proprietario fronteggiante una via pubblica non ha alcun potere diretto sulle acque che vi si trovano; egli non acquista alcun

(1) La dottrina e la giurisprudenza sono citate nella nota di MOURLON, cui abbiamo rinviato (nota 1 della pagina precedente). Confronta DALLOZ, alla parola *Servitude*, nn. 345 e 352; AUBRY e RAU, t. III, p. 43, nota 2; p. 14, nota 6; p. 45, note 7-9 e p. 46, nota 10.

diritto su queste acque se non per effetto di una concessione tacita del potere amministrativo, nella nostra opinione, e per occupazione d'una *res nullius*, nell'opinione generale. Ma che importa? Non si tratta di sapere come, a qual titolo, il proprietario superiore acquista le acque piovane. Ne è egli il padrone quando le ha derivate sul suo fondo? Ne può disporre a titolo di proprietario? Se si risponde di sì, la questione è decisa, poichè si rientra nei principii che abbiamo già esposti. Ora, è impossibile negarlo, le acque piovane accedono al suolo ed appartengono al proprietario di questo. Si potrà dire che appartengono al primo occupante allorchè le occupa il proprieprietario del fondo? È vero, e questo è il nodo della difficoltà, che il proprietario superiore non ha, come proprietario del fondo, il diritto di derivare le acque che coprono la via pubblica; egli non ha questo diritto che in virtù di un tacito permesso del proprietario della strada; questa autorizzazione può essergli tolta. Ne risulta ch'egli non ha diritto allo scolo delle acque, e per conseguenza non acquista la proprietà di queste che fin quando il potere amministrativo gli concederà di derivarle. Può fondarsi una servitù sopra una base così fragile? Noi rispondiamo affermativamente, senza esitare. Qual'è l'obbietto della servitù? Forse che il proprietario del fondo superiore s'obbliga a trasmettere sempre le acque piovane al proprietario inferiore? No, la servitù consiste unicamente in ciò: il proprietario superiore impone al suo fondo l'onere, che i possessori di questo fondo non potranno usare a loro volontà delle acque piovane che vi scolano dalla via pubblica. Questa restrizione profitterà al proprietario inferiore finchè le acque piovane scorreranno sul fondo superiore: la servitù dunque esiste, soltanto essa non è perpetua. Ma la servitù identica, relativa alle acque di una sorgente, non è più di questa perpetua, poichè la natura può ritirare il suo dono come l'autorità amministrativa può revocare la sua concessione.

Vi è un'ultima ipotesi che è la più dubbia. Il proprietario inferiore deriva direttamente le acque dalla via pubblica; questo semplice fatto non gli attribuisce alcun diritto contro il proprietario superiore. Ciò è certo. Ma non potrà acquistare un diritto contro di lui? Lo può per convenzione; il proprietario inferiore può rinunciare al diritto che egli ha di derivare le acque sul suo fondo in favore del proprietario inferiore; da questa rinuncia risulterà una servitù, nel senso che il proprietario non potrà più usare d'un diritto che gli apparteneva in qualità di proprietario adiacente. Un diritto che s'acquista per titolo può acquistarsi altresì per prescrizione, ben inteso che la servitù dovrà essere continua ed apparente, se si t. tta di prescrivere una servitù. Forse che nella specie la servitù è continua ed apparente? Noi supponiamo che vi siano lavori visibili, come se ne fanno per un acquedotto. Si avrà una servitù d'acquedotto a carico dei fondi superiori? La questione è irta di

difficoltà. Perchè vi sia prescrizione, occorre che colui il quale la invoca abbia pel corso di trent'anni manifestata la volontà di limitare a suo vantaggio il diritto del proprietario. Quando si tratta di sorgenti, la prescrizione non incomincia a decorrere che dal momento in cui il proprietario del fondo inferiore ha fatti e compiuti opere visibili destinate a facilitare il declivio ed il corso dell'acqua nella sua proprietà. Questa disposizione si applica per analogia alle acque piovane? e come si farà questa applicazione? Nel caso dell'art. 642, il proprietario inferiore prescrive contro il proprietario della sorgente; nella nostra specie, il proprietario inferiore non intende già di prescrivere contro il proprietario delle acque piovane le quali non hanno proprietario dal momento che si ammette che sono *res nullius*. Come si potrà applicare l'art. 642? Se si ritiene che le acque piovane sono nel dominio di colui al quale appartiene la via pubblica, non si comprende meglio l'applicazione dell'art. 642, poichè non si prescrive contro il demanio pubblico, e non si prescrive in forza d'un possesso che è di semplice tolleranza, nel senso che il potere amministrativo può farlo sempre cessare a sua posta. Si tratta, invero, di prescrivere non contro lo Stato, la Provincia od il Comune, ma contro il proprietario superiore, che, lo supponiamo, non ha derivato le acque, e non ha quindi sopra le medesime nè proprietà nè possesso, ma soltanto il diritto di derivarle; è questo diritto che il proprietario inferiore pretende di acquistare per prescrizione. Ciò vuol dire che l'art. 642 non può trovare applicazione. Invano il proprietario inferiore eseguirebbe opere visibili destinate a condurre le acque nel suo fondo; queste non attestano che una cosa, la volontà di utilizzare le acque, ma non manifestano ch'egli voglia privare il proprietario superiore del diritto che gli appartiene di utilizzarle al medesimo titolo dei proprietari inferiori. Dunque queste opere, da sole, non possono servir di fondamento alla prescrizione. Se ne concluderà che il diritto del proprietario superiore sia imprescrittibile? No, ma la prescrizione non potrà compiersi mai se non mediante atti di possesso che facciano conoscere al proprietario superiore la volontà che il proprietario inferiore ha di prescrivere contro di lui. Il che suppone lavori costruiti sul fondo superiore contro il cui proprietario si vuol prescrivere (1).

239. In tal modo le condizioni della prescrizione differiscono secondo che si tratta di acque piovane cadute sopra un fondo privato, ovvero sulla via pubblica. Nel primo caso, si rimane sotto l'impero dei principii formulati dall'articolo 642; vi è identità completa. Il proprietario superiore ha il diritto assoluto d'usare delle acque piovane che cadono sul suo fondo, come ha

---

(1) Confronta AUBRY e RAU, t. III, p. 45 e nota 9

diritto d'usare a suo arbitrio della sorgente che vi scaturisce; il proprietario inferiore vuol prescrivere contro questo diritto. Poichè il diritto a prescrivere è il medesimo, uguali altresì debbono essere le condizioni della prescrizione.

L'art. 642 trova dunque applicazione non per analogia, ma per identità di ragione. Se si tratta d'acque piovane cadute sulla via pubblica, bisogna fare una nuova distinzione. Quelle che sono derivate dal proprietario superiore divengono sua proprietà; si possono quindi prescrivere contro di lui, al medesimo titolo e sotto le stesse condizioni che le acque di sorgente. L'art. 642 sarà ancora applicabile. Ma se il proprietario inferiore intende prescrivere il diritto che ha il proprietario superiore di derivare le acque, deve fare, sul fondo di questi, delle opere che lo costituiscano in mora a rivendicare la libertà del suo fondo, se vuole conservarla (1).

e) *Effetto dei diritti acquisiti dai proprietarii inferiori.*

240. Rimane a vedere quali siano gli effetti del diritto che acquista il proprietario inferiore contro il superiore. Qui bisogna ancora distinguere le acque piovane che cadono sopra un fondo privato e quelle che coprono la strada pubblica. Le prime formano una proprietà assoluta, più assoluta anche, a nostro parere, di quella d'una sorgente. Il padrone del fondo può dunque disporne come crede opportuno tanto nel proprio fondo, quanto fuori di questo; egli può cederne la proprietà o limitarne soltanto l'uso. Ciò che si dice del titolo, è vero altresì per la prescrizione; noi ammetteremmo dunque per le acque piovane ciò che la Corte di cassazione ha deciso, erroneamente ad avviso nostro (n. 185), per le acque di sorgente. La cosa è diversa quando si tratta d'acque piovane cadute sulla via pubblica. Ancorchè il proprietario superiore le avesse derivate, non acquisterebbe un diritto allo scolo di esse, e non potrebbe quindi, nè per titolo, nè per prescrizione, cedere ciò che non gli appartiene. In questa ipotesi, il proprietario inferiore non acquista mai che una servitù, ed una servitù limitatissima, poichè le convenzioni e prescrizioni intervenute fra due proprietarii adiacenti alla via pubblica non possono privare gli altri confinanti del diritto che hanno di servirsi delle acque, sia a titolo di *res nullius*, sia in virtù di una concessione tacita del proprietario della strada (2).

---

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 45 e 46, note 9 e 10. Colmar, 24 agosto 1850 (Dalloz, 1855, 2, 180).

(2) Demolombe, t. XI, p. 146, n. 117. Aubry e Rau, t. III, p. 46 e nota 11.

N. 3. — Degli stagni.

I. — Proprietà degli stagni.

241. L'art. 558 contiene una disposizione importante relativa alla proprietà degli stagni. « Il proprietario conserva sempre il terreno che l'acqua copre quando essa è all'altezza dello sbocco dello stagno, ancorchè il volume dell'acqua venisse a scemare. Per la stessa ragione, il proprietario dello stagno non acquista alcun diritto sopra le terre lungo le rive, che la sua acqua va a ricoprire nei casi di straordinarie crescenze ». Dicesi stagno una massa d'acqua contenuta da un argine. Una o più aperture od imposte praticate nel punto più basso servono a mettere lo stagno a secco, sia per la pesca, sia per destinarlo alla coltivazione. Uno scaricatore, la cui altezza e larghezza si calcolano sul volume d'acqua che lo stagno può contenere senza che le terre vicine siano inondate, apre un'uscita alle acque, e garantisce con ciò le proprietà vicine dall'inondazione (1) L'art. 558 suppone che in ogni stagno vi sia tale scaricatore, poichè basa sull'altezza dello sbocco l'estensione del terreno di cui lo stagno si compone. Ancorchè le acque d'uno stagno venissero a diminuire, il padrone di quest'ultimo rimarrebbe tuttavia proprietario di tutto il terreno che lo stagno deve coprire, quando l'acqua è all'altezza dello sbocco. Il codice stabilisce in favore del proprietario dello stagno una presunzione legale di proprietà, che venne dalla Corte di cassazione formulata in questi termini: « Si presume che gli stagni non siano stati stabiliti che sotto la condizione che le loro acque, anche quando la massa ne fosse aumentata dalle crescenze ordinarie, non potrebbero scaricarsi se non sulle terre appartenenti ai proprietarii, senza invadere mai quelle dei proprietarii adiacenti (2) ». Questa presunzione è fondata sopra una probabilità che rasenta la certezza. Una delle nostre antiche consuetudini conteneva una disposizione che è divenuta diritto comune fin dal 1789. « È lecito a ciascuno, dice la consuetudine d'Orléans (art. 170), di praticare nel proprio fondo stagni, stabilire aperture, inferriate ed argini, purchè non usurpi la strada od il diritto d'altrui ». Chi costruisce uno stagno deve farlo dunque in modo che non possa nuocere ai proprietarii adiacenti (3). Ciò significa ch'egli deve essere proprietario dei terreni che le acque coprono nelle crescenze ordinarie; e perciò egli dovrà stabilire l'altezza dello sbocco

---

(1) Pardessus, t. I, p. 193, n. 80. Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 24.
(2) Sentenza di rigetto del 13 marzo 1867 (Dalloz, 1867, 1, 270).
(3) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Etang*, n. I e II.

tenendo conto del volume d'acqua che lo stagno può contenere senza inondare le proprietà adiacenti. I proprietarii vicini hanno diritto di costringere colui che costruisce uno stagno nel suo fondo a non oltrepassare i limiti che debbono contenere le acque nella loro crescenza ordinaria; il loro interesse è una garanzia che il proprietario dello stagno rimarrà nei confini della sua proprietà (1).

242. Perchè la presunzione legale dell'art. 558 possa trovare applicazione, occorre che vi sia un diversivo fisso che indichi in modo invariabile l'altezza normale delle acque, e che funzioni da sè stesso, senza l'intervento della mano dell'uomo. In queste condizioni, l'altezza delle acque giunte alla soglia del diversivo, vale a dire al punto in cui si effettua lo scarico, determina con certezza il limite dei diritti del proprietario dello stagno, perchè vi è un segno apparente ed immutabile, indipendente dal movimento di ritiro o di elevazione delle acque. Ciò spiega altresì il motivo per cui il legislatore ha creduto opportuno di stabilire una presunzione di proprietà: egli ha voluto prevenire le molteplici contese che si eleverebbero tra il proprietario dello stagno ed i proprietarii adiacenti, se i limiti dello stagno fossero incerti e se per conseguenza il magistrato fosse costretto a ricercarli in ciascuna causa. Donde la Corte di cassazione ha dedotta questa conseguenza la quale non è dubbia, cioè che il proprietario dello stagno non può invocare più la presunzione dell'art. 558 quando, in luogo di uno scaricatore fisso che funzioni da per sè stesso ed indichi in modo invariabile l'altezza dello sbocco, ha praticato delle sbarre mobili che gli permettono di elevare e di abbassare le acque a volontà. Non si riscontra più in questa ipotesi quella probabilità sulla quale il legislatore ha voluto basare la presunzione, non vi è più alcuna garanzia pei vicini. Dal momento che non vi è più presunzione legale, si rientra nel diritto comune che regola le prove (2).

243. L'art. 558 dice che il proprietario conserva sempre il terreno coperto dall'acqua quando questa è all'altezza dello sbocco dello stagno. Se ne dovrà dedurre che il limite dei diritti del proprietario è determinato dall'altezza delle acque giunte al limitare del diversivo? La sentenza della Corte di cassazione che noi abbiamo citata si è pronunciata in tal senso in uno dei suoi considerandi. Ma vi è una decisione in senso contrario la quale ha giudicato in termini formali che il limite dello sbocco è, non alla soglia del diversivo, ma al punto estremo di elevazione delle acque al momento della crescenza ordinaria della stagione iemale (3). La questione, stando al primo alinea

---

(1) Demolombe, t. X, p. 26, n. 28.
(2) Sentenza di rigetto del 10 marzo 1868 (Dalloz, 1868, 1, 309).
(3) Sentenza di rigetto del 13 marzo 1867 della sezione civile (Dalloz, 1867, 1, 250).

dell'art. 558, presenta qualche dubbio; esso sembra infatti che si attenga esclusivamente al criterio dell'altezza dello sbocco, dunque al limitare del diversivo. Ma vi è un secondo comma che spiega il primo: vi si legge che il proprietario dello stagno non acquista alcun diritto sulle terre adiacenti che la sua acqua va a ricoprire nei casi di straordinarie crescenze. Dunque la presunzione è che le terre coperte dalle crescenze ordinarie appartengono al proprietario dello stagno. Che cosa intende la legge per crescenze ordinarie e per crescenze straordinarie? La questione è di sapere qual sia il carattere delle crescenze invernali; queste sono periodiche ed hanno quindi un movimento regolare e normale; il che esclude qualunque idea di crescenze accidentali, straordinarie, le quali non hanno fissità nè regolarità. Dacchè le crescenze invernali si riproducono in ciascun anno, è più che probabile che i terreni da esse coperti appartengano al proprietario dello stagno; infatti, egli non ha il diritto di inondare in ciascun inverno le proprietà vicine, e certamente i proprietarii limitrofi non lo soffrirebbero. Quando, al contrario, le crescenze sono accidentali, sono, per ciò appunto, impreviste: il proprietario dello stagno non potrebbe essere obbligato ad acquistare tutti i terreni che le acque potranno coprire nelle crescenze straordinarie, poichè è impossibile prevederle e segnarne i limiti. Donde segue che la presunzione di proprietà esiste per le crescenze ordinarie dell'inverno. Non è pertanto possibile di stare al limite materiale del diversivo, ma si deve tener conto delle crescenze ordinarie d'inverno. È questo il solo mezzo di conciliare il secondo alinea col primo.

244. La presunzione stabilita dall'art. 558 suppone l'esistenza d'uno stagno, vale a dire di un terreno coperto d'acqua. Se lo stagno è sottoposto a lavori di prosciugamento che hanno per obbietto di convertirlo in terreno coltivabile, non è più possibile di applicare una presunzione, la quale implica l'esistenza di un terreno regolarmente coperto d'acque, in tutta la sua estensione, sino al punto in cui s'arrestano le crescenze ordinarie d'inverno. Lo stagno si va restringendo ogni giorno; le acque si ritirano successivamente e coprono un terreno ogni giorno meno esteso; mentre nell'ordine regolare delle cose l'estensione dello stagno è invece fissa ed invariabile; la presunzione dell'art. 558 è nel tempo istesso conseguenza e garanzia di questa stabilità. Dal momento che lo stagno va ciascun giorno diminuendo, per scomparire alla fine, la presunzione di fissità non ha più ragione di essere. Si rientra dunque nel diritto comune. La controversia sulla proprietà sarà decisa dalle prove che la stabiliscono, vale a dire, in mancanza di titoli, dal possesso (1).

245. L'art. 558 prevede il caso in cui il volume dell'acqua venga a diminuire e decide che il proprietario dello stagno

---

(1) Sentenza di rigetto del 25 maggio 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 488)

conserverà nondimeno il terreno che l'acqua copre quando è all'altezza dello sbocco dello stagno. Questa presunzione di proprietà è assoluta? non ammette alcuna prova contraria? Si dice talvolta ch'è una presunzione *juris et de jure* (1), e s'intende con ciò una presunzione contro cui non è ammessa la prova contraria. È uno di quegli errori che sono così frequenti in materia di presunzioni. Le presunzioni che non ammettono la prova contraria sono definite dall'art. 1352, e basta leggerlo per convincersi che esso non è applicabile alle presunzioni di proprietà che l'art. 1351 colloca fra le legali. Ora, dal momento che la presunzione dell'art. 558 non è una di quelle che per eccezione escludono la prova contraria, rimane sotto l'impero del diritto comune, secondo cui la prova contraria è sempre ammessa. È certo che se fosse stabilito da titoli che il proprietario dello stagno non è proprietario de' terreni che le acque coprono nelle crescenze ordinarie della stagione invernale, la presunzione cederebbe innanzi alla certezza. Ma potrebbero i proprietarii adiacenti invocare altresì la prescrizione fondata sopra un possesso trentennale? È stato deciso di no, e la dottrina è d'accordo con la giurisprudenza. Ciò risulta dal testo e dallo spirito della legge. L'art. 558 dice che il proprietario *conserva sempre* il terreno che l'acqua copre quando è all'altezza dello sbocco dello stagno: dicendo che *conserva sempre* il terreno, ancorchè le acque non lo coprano, la legge suppone che i proprietarii adiacenti lo posseggano, poichè se il proprietario dello stagno vi fa atti di possesso, s'intende da sè che non può perdere la sua proprietà. A vero dire, egli conserva il possesso di diritto, quantunque i proprietarii limitrofi falcino le erbe o facciano pascolare i loro bestiami sul terreno abbandonato dalle acque, poichè per conservare il possesso basta la volontà, e certamente il proprietario dello stagno non ha l'intenzione di abbandonare ai proprietarii limitrofi il possesso e la proprietà del suo terreno. Costoro non hanno dunque che un possesso di tolleranza, non posseggono realmente, e quindi non possono prescrivere (2). Per lo stesso motivo, i proprietarii adiacenti non avrebbero l'azione possessoria (3).

246. Il proprietario dello stagno ha in suo favore una presunzione. Se vi è un diversivo fisso, egli può invocare la presunzione legale e per conseguenza è dispensato da qualunque prova, salvo ai proprietarii limitrofi di dare la dimostrazione del contrario. Tale è il diritto comune quando vi è una presunzione stabilita dalla legge. Ma che bisogna decidere se non

---

(1) Dalloz, *Répertoire*, alla parola *Eaux*, n. 257.

(2) Demolombe, t. X, p. 28, n. 31. Aubry e Rau, t. II, p. 80 e nota 5. Vedi la giurisprudenza in Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 258.

(3) Sentenza di rigetto del 23 aprile 1811 (Dalloz, alla parola *Action possessoire*, n. 356).

esiste diversivo? Non vi è più presunzione legale in favore del proprietario dello stagno; la questione di proprietà dovrà dunque risolversi secondo le regole generali che governano le prove. Si domanda se il proprietario dello stagno può invocare la prescrizione trentennale. Le acque coprono i fondi limitrofi da oltre trent'anni; questo lungo possesso avrà lo stesso valore che il titolo? Vi è qualche dubbio. Si può dire che il fatto di inondare le terre dei vicini è un delitto, e che un delitto continuato per trent'anni non può essere fondamento alla proprietà. In massima generale, ciò è vero; ma non lo è più quando si tratta di uno stagno; lo stagno deve coprire una certa estensione di terreno; se questo terreno non appartiene al proprietario dello stagno, ben possono i vicini agire per reprimere le usurpazioni di costui; il loro silenzio per trent'anni ed il possesso bastano per fondare la prescrizione (1).

247. Se vi è un diversivo, e se i proprietarii limitrofi pretendono che le acque dello stagno si sono spostate, che esse coprono ora terreni che non coprivano in origine, potrà il proprietario dello stagno farne licenziare le domande, invocando la prescrizione dell'art. 558? È stato deciso che il proprietario dello stagno può opporre ai proprietarii limitrofi la presunzione di proprietà che la legge stabilisce in suo favore, salvo che non si provi che lo spostamento del letto dello stagno proviene dal fatto di lui (2). La questione ci sembra posta male. Senza dubbio il proprietario dello stagno può, dal momento che vi è un diversivo, fare appello alla presunzione. Ma questa ammette la prova contraria; ora, nella specie, la controprova doveva precisamente essere accordata. Infatti, la presunzione suppone che le acque rimangano fisse; se si spostano, viene a mancare la probabilità su cui riposa la presunzione. Non si può più affermare essere probabile che il proprietario dello stagno sia proprietario dei terreni che le acque ricoprono dopo il loro spostamento, poichè le acque non dovevano coprire questi terreni quando è stato costruito lo stagno, non era dunque necessario che il padrone dello stagno ne avesse la proprietà. Occorreva, per conseguenza, nella specie, ammettere i proprietarii limitrofi a provare che il letto dello stagno era spostato per la deviazione avvenuta nella direzione delle acque; quindi la presunzione rimaneva, e si rientrava nel campo dei principii generali.

---

(1) Sentenza di Nancy del 9 marzo 1837 confermata da una sentenza di rigetto del 17 dicembre 1838 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 253).
(2) Pau, 31 gennaio 1858 (Dalloz, 1858, 2, 204).

II. — Diritti dei proprietarii adiacenti.

248. Le disposizioni del codice che regolano le acque correnti sono applicabili agli stagni? Ed anzitutto i proprietarii inferiori sono soggetti a ricevere le acque che scolano dallo stagno, in forza della servitù naturale consacrata dall'art. 640? La negativa è evidente, essendo scritta nel testo della legge: i fondi inferiori sono tenuti soltanto a ricevere le acque che scolano *naturalmente* dai fondi superiori, e senza che *vi abbia contribuito la mano dell'uomo*. Ciò esclude gli stagni. Tuttavia si è presentato un caso in cui il tribunale di Bruxelles ha ammesso una servitù di scolo a favore degli stagni superiori ed a carico d'uno stagno inferiore. Il proprietario dei primi sosteneva di avere il diritto di scolo delle proprie acque nello stagno inferiore, ma non avendo titolo, e non potendo giovarsi della prescrizione per una servitù discontinua, invocò, in mancanza d'altro, l'analogia risultante dall'art. 640, e la necessità che attribuisce al proprietario interchiuso un passaggio sui fondi vicini (art. 682). Il tribunale di prima istanza accolse queste pretese fondandosi sulla equità e sull'interesse dell'agricoltura. Ma con ciò si veniva a disconoscere quel principio elementare d'interpretazione che non permette d'estendere le servitù legali. La Corte di Bruxelles riformò la sentenza e decise che gli articoli 640 e 682 erano estranei alla specie. Tuttavia essa ammise il proprietario degli stagni a provare che prima della pubblicazione del codice civile, egli aveva acquistato col possesso immemorabile la servitù di scolo (1).

La questione presenta ancora un altro aspetto. Nell'antico diritto, talune consuetudini ammettevano l'onere dei proprietarii inferiori come una specie di servitù legale. Tale, fra le altre, era la consuetudine di Orléans il cui art. 175 era concepito in questi termini: « Allorchè due stagni sono così vicini tra loro che il superiore non può essere prosciugato per la pesca, il proprietario inferiore deve, entro tre giorni dalla intimazione che gli sia fatta, togliere la imposta del suo stagno ed evacuarne l'acqua, di guisa che lo stagno più elevato possa essere posto in istato da potervisi eseguire la pesca » (2). Questa disposizione formava il diritto comune nei paesi consuetudinarii. Si pretende che essa sia ancora in vigore in virtù dell'art. 645

---

(1) Bruxelles, 19 maggio 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 2, 122). Confronta sentenza di rigetto del 30 agosto 1808 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 261) e Duranton, t. IV, p. 354, n. 411; Daviel, *Traité des cours d'eau*, t. II, p. 393. In senso contrario, Garnier, *Traité des Rivières*, t. III, p. 161, n. 800.

(2) Pothier, *Coutume d'Orléans*, art. 175.

che prescrive: « In tutti i casi, debbono essere osservati i regolamenti particolari e locali sul corso ed uso delle acque ». Debbonsi comprendere sotto il nome di *regolamenti* locali le disposizioni delle antiche consuetudini? Ciò è evidente, si dice. Si cita ancora in appoggio di questa opinione l'art. 651, a termini del quale « la *legge* assoggetta i proprietarii l'uno verso l'altro a differenti obbligazioni, indipendentemente da ogni convenzione » (1). Noi riproduciamo quest'argomento come un esempio della confusione e dell'oblìo di ogni principio che rimproveriamo a taluni autori. Se vi è una cosa evidente, è che la parola *regolamenti locali,* nell'art. 645, designa i regolamenti emanati dall'autorità amministrativa, in opposizione ai regolamenti giudiziarii di cui è parola in questa disposizione. Forse che un articolo delle nostre antiche consuetudini è un regolamento amministrativo? Un secondo punto altrettanto evidente, è che l'art. 645, che fa seguito all'art. 644, non si applica che alle acque correnti le quali sono, sotto taluni rapporti, proprietà dei rivieraschi. Forse che gli stagni sono acque correnti? Forse che i proprietarii limitrofi ne hanno la proprietà? Quanto all'art. 651, esso stabilisce il principio che vi sono servitù dette legali; e possono esservi servitù legali senza legge? Le nostre antiche consuetudini sono forse leggi, allorchè furono abrogate completamente dalla legge del 30 ventoso anno XII? (2).

249. I proprietarii adiacenti allo stagno hanno il diritto di servirsi delle sue acque? Ciò equivale a domandare se l'art. 644 debba applicarsi agli stagni. La negativa risulta dal testo della legge. Questa parla delle acque correnti che costeggiano o attraversano un fondo: occorrerà avvertire che gli stagni non sono acque correnti? Qualunque opinione si addotti circa la proprietà dei corsi d'acqua non navigabili nè atti al trasporto, è certo che i proprietarii adiacenti vi hanno diritti che non si possono riconoscere ai proprietarii limitrofi agli stagni. Chi ha mai pensato di attribuire ai proprietarii adiacenti ad uno stagno il diritto di pesca? Coloro i quali non ammettono che i ruscelli siano proprietà dei rivieraschi dicono che essi non appartengono a nessuno. Forse che lo stagno sarebbe per avventura una cosa comune? Ciò che al contrario caratterizza lo stagno, è che esso fa parte del dominio di colui che l'ha costruito circoscrivendo acque che gli appartengono; fare la minima presa d'acqua sovra uno stagno, sarebbe dunque commettere una usurpazione sovra una proprietà privata.

Uno dei nostri più valenti autori, dopo di avere stabilito questo principio, vi apporta talune deroghe che offrono esempio della deplorevole incertezza che regna, su questa materia, nella dottrina. « Se, dice Proudhon, lo stagno è alimentato dalle acque di sorgente

---

(1) Dalloz, alla parola *Eaux,* n. 262.
(2) Vedi su questa legge il t. I dei miei *Principii,* p. 36, nn. 25 e 26.

che si riproducono naturalmente e continuamente, non vi sarà più ragione di distinguerlo da un'acqua corrente, e *certamente* i vicini potranno derivare da quello dei piccoli rivi ». Ma come? Io ho una sorgente nel mio fondo; la legge dice che posso usarne a mia volontà; ne faccio uno stagno. Allora i miei vicini potranno eseguirvi delle prese d'acqua. Essi non avevano alcun diritto sulla sorgente, ed avranno un diritto sullo stagno, il quale non è che la sorgente affetta ad un uso determinato! « Che vi sia una sorgente o no, aggiunge Proudhon, quando vi sono abbondanti crescenze di acqua, i vicini possono incontestabilmente impadronirsi del superfluo » (1). Ma cosa mai può importare l'abbondanza delle acque, allorchè sono proprietà privata? Proudhon parla da legislatore e traduce in legge l'equità; egli dimentica di essere soltanto un interprete.

250. Diciamo che lo stagno è una proprietà privata quando le acque che lo formano appartengono al proprietario del fondo in cui è stato scavato. Tal'è il caso delle sorgenti che scaturiscono nel fondo, o delle acque piovane che cadono sopra di esso. Proprietario assoluto delle acque, egli diviene altresì proprietario assoluto dello stagno; egli può lasciare scorrere le acque e mettere lo stagno a secco, può altresì riempirlo d'acqua; questa è cosa sua, ne fa ciò che vuole. I proprietarii limitrofi, ancorchè di fatto usassero delle acque dello stagno posto in secco, non vi hanno alcun diritto, più che non ne abbiano i proprietarii inferiori sulle acque d'una sorgente che il proprietario superiore lascia scorrere sui loro fondi (2). Sarebbe pur così se il proprietario dello stagno ne cedesse le acque ad un proprietario inferiore, e le conducesse fino al fondo di costui pel letto abbandonato di un torrente; il rivierasco di questo torrente abbandonato non potrà servirsi delle acque dello stagno, poichè queste non divengono pubbliche, non scorrono nel letto abbandonato per effetto d'una causa naturale e permanente; esse vi passano in virtù d'una convenzione, intervenuta per viste di privato interesse, e la mercè di opere senza le quali non avrebbero potuto abbandonare lo stagno; rimangono quindi sempre acque dello stagno, trasportate in un fondo inferiore a vantaggio del concessionario, che solo vi ha diritto. Non vi è acqua corrente, nè per conseguenza rivierasco che possa reclamare i diritti che l'art. 644 accorda a coloro i cui fondi sono costeggiati od attraversati da un'acqua corrente (3).

La Corte di cassazione che ha deciso in questi termini, fa però una riserva: l'acqua è rimasta un'acqua privata, dice la

---

(1) PROUDHON, *Du domaine public*, t. IV, n. 1422. In senso contrario, DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 251; DEMOLOMBE, t. XI, p. 149, n. 122; AUBRY e RAU, t. III, p. 46 e nota 2.

(2) Metz, 28 aprile 1824 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 263).

(3) Sentenza di rigetto del 21 giugno 1859 (DALLOZ, 1859, 1, 341). AUBRY e RAU. t. III, p. 46, e nota 4.

sentenza, poichè non s'è mescolata con alcuna altra acqua nel letto abbandonato. Si dovrà dedurne, che se le acque dello stagno si confondono con altre acque, i proprietari adiacenti avranno il diritto di servirsene? L'affermativa non è dubbia se le acque uscite dallo stagno si gettano in un torrente. I rivieraschi hanno un diritto sul torrente in virtù dell'art. 644, e non possono perdere questo diritto perchè alle acque del torrente si mischiano quelle dello stagno. Ma che bisogna decidere se lo stagno stesso è formato di acque che sono pubbliche in tutto od in parte? Se lo stagno è stato formato con le acque di un torrente che attraversa il fondo in cui è costruito, non vi è dubbio; l'art. 644 è formale, il proprietario può usare dell'acqua, ma a condizione di restituirla al suo corso ordinario allorchè esce dai suoi fondi (1). Sarebbe lo stesso se lo stagno fosse formato in parte di acque appartenenti al proprietario del fondo ed in parte di acque che provengono da ruscelli superiori? Una recente sentenza della Corte di cassazione ha deciso che lo stagno è proprietà privata di quegli nel cui fondo esiste, qualunque sia la provenienza delle acque, anche quando vi si andassero a confondere acque di ruscelli superiori (2) Questa sentenza ci sembra troppo assoluta; essa si attiene strettamente ai termini dell'art. 558, e non tiene alcun conto dell'art. 644.

Dall'art. 558 risulta senza dubbio, che il letto dello stagno appartiene al proprietario del fondo, poichè il letto altra cosa non è che il fondo. Ma ciò vorrà dire che le acque le quali servono a formare lo stagno divengano altresì sua proprietà esclusiva sol perchè coprono lo stagno? Siffatta questione non è decisa dall'art. 558, ma lo è dai principii che regolano la proprietà delle acque. Se queste sono di pioggia o di sorgente, evidentemente rimangono proprietà privata quando costituiscono uno stagno. Ma è altresì evidente che se un corso d'acqua attraversando un fondo è trasformato in uno stagno, il proprietario dello stagno non può ritenerne le acque senza violare l'art. 644. Donde segue che il proprietario dello stagno non diventa proprietario assoluto delle acque che provengono da ruscelli superiori e che servono a riempire lo stagno: egli può usare di queste acque, come spiegheremo più innanzi, ma non può assorbirle.

251. Ciò che abbiamo detto decide la questione di sapere se l'articolo 645 è applicabile alle contestazioni che insorgono tra il proprietario dello stagno ed i proprietari limitrofi sull'uso dell'acque. Quando le acque che formano lo stagno sono sorgive o piovane, delle quali il padrone del fondo ha la disposizione assoluta, non può parlarsi dell'art. 645, il quale suppone che

---

(1) Sentenza di rigetto del 20 febbraio 1839 (Dalloz, alla parola *Action possessoire*, n. 393). Aubry e Rau, t. III, p. 47, nota 5.
(2) Sentenza di cassazione del 9 aprile 1865 (Dalloz, 1865, 1, 168).

tutti i rivieraschi abbiano uguali diritti sulle acque di cui si disputano l'uso. Al contrario, se lo stagno è formato in tutto od in parte d'acque provenienti da ruscelli superiori, i rivieraschi possono reclamarne l'uso in virtù dell'articolo 644, e per conseguenza debbonsi conciliare fra loro i diversi diritti in contrasto; è precisamente in questo conflitto che l'art. 645 accorda ai tribunali un potere discrezionale.

252. I proprietarii adiacenti possono acquistare un diritto di presa d'acqua sullo stagno? Sì, e senza alcun dubbio. Il proprietario dello stagno, lo supponiamo, ha un diritto assoluto sopra le sue acque; questo diritto può essere modificato, limitato da servitù, siccome qualunque proprietà. Il proprietario potrà concedere l'uso delle acque gravando lo stagno di una servitù a favore di un proprietario limitrofo. Ciò che può farsi per titolo, può farsi altresì per destinazione del padre di famiglia, poichè si tratta di una servitù d'acquedotto che è continua, e che noi supponiamo apparente. Pel medesimo motivo, la servitù può costituirsi per prescrizione. Si applicheranno per analogia gli articoli 641 e 642. Vi è un caso in cui questa analogia diventa assoluta identità; quando cioè lo stagno è formato dalle acque di una sorgente. L'art. 641 trova allora perfetta applicazione, e abbiamo veduto che ciò avviene pure quando si tratta di acque piovane (n. 230). Diremo più innanzi che la giurisprudenza applica questi principii ai canali artificiali che servono a dar movimento ad un'officina. Tali giudicati sono applicabili del pari a ciò che concerne gli stagni (1).

253. Le acque non sono sempre vantaggiose ai vicini; avviene talvolta che le inondazioni devastino i fondi limitrofi. Donde la questione di sapere se il proprietario dello stagno è responsabile del danno che ne risulta. Regna una grande incertezza su questo punto nella dottrina. L'affermativa non è dubbia quando vi è la benchè minima colpa da rimproverare al proprietario dello stagno; si applica allora l'art. 1383, a termini del quale ciascuno è responsabile del danno che ha cagionato non solamente col suo fatto, ma ancora per la sua negligenza od imprudenza. Ma si supponga che non vi sia l'estremo della colpa. In causa di una crescenza straordinaria, le acque straripano, vale a dire oltrepassano il limite dove cessa la proprietà del padrone dello stagno; ne sarà costui responsabile? La questione dev'essere decisa secondo i principii che regolano il diritto di proprietà. Essa anzi non si potrebbe neppure discutere, qualora si volesse stare rigorosamente alla lettera dell'art. 544. Il proprietario, dice la legge, ha il diritto di godere della sua cosa nella maniera più assoluta. Se gli piace di costruire uno stagno nel suo fondo, ben lo può fare. Questo stagno è costruito secondo le regole del-

(1) Sentenza di rigetto del 27 febbraio 1854 (DALLOZ, 1854, 1, 127).

l'arte; per sè stesso non cagiona alcun danno ai vicini. Ma viene una crescenza accidentale che inonda e devasta i fondi limitrofi. Il proprietario non può dire: io ho usato del mio diritto scavando uno stagno nel mio fondo e perciò non ho leso alcun diritto dei miei vicini; non sono dunque responsabile del danno che le acque loro cagionano? questo danno non proviene dal mio fatto, ma dalla natura, è un avvenimento fortuito e di forza maggiore che nuoce a quelli che ne sono colpiti? Tale è il nostro parere; è questa l'applicazione dei principii da noi stabiliti al titolo della *Proprietà* (1).

Vi hanno però opinioni divergenti. Chardon insegna che il proprietario dello stagno è sempre responsabile. Invano, egli dice, si invoca in suo favore il caso fortuito; la causa prima che ha dato luogo all'inondazione è la costruzione dello stagno; senza questo serbatoio artificiale, le acque non avrebbero prodotto il danno che han cagionato. Per conseguenza questo danno gli è imputabile: perchè non ha egli elevato il suo scaricatore in modo da non nuocere giammai alle proprietà vicine? (2) Questa dottrina, d'un estremo rigore, è in opposizione coi principii che abbiamo menzionati. Il proprietario ha usato del suo diritto costruendo uno stagno; ha egli leso con ciò il diritto del suo vicino? Se sì, è responsabile; se no, non lo è. Ora, in che il diritto dei vicini può ritenersi offeso? Non rimangono essi liberi di godere e disporre delle loro proprietà? Essi sono esposti, è vero, ad un danno eventuale, cui non sarebbero soggetti se non vi fosse uno stagno in vicinanza. Ma esso è l'effetto necessario della coesistenza degli uomini nello stato di società. Il pericolo esiste pel solo fatto della costruzione di una casa; aumenta quando invece di una casa si costruisce una fabbrica, o quando si stabilisce in vicinanza un deposito di materie inflammabili. Se le conseguenze eventuali della vita sociale dessero luogo ad un'azione di danni-interessi, le cause sarebbero innumerevoli e senza fine (3).

Demolombe propone una distinzione: egli non accorda azione di danni-interessi per le inondazioni straordinarie, ma dichiara il proprietario responsabile per le crescenze ordinarie e periodiche (4). Questa opinione non trovasi forse in contraddizione con la presunzione che l'art. 558 stabilisce in favore del proprietario dello stagno? Secondo l'interpretazione della Corte di cassazione, si presume legalmente che egli abbia la proprietà dei terreni che sono coverti dalle crescenze ordinarie e periodiche della stagione invernale; dunque queste crescenze o queste inondazioni invernali non si estendono sui terreni appartenenti

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 136 e seg.
(2) Chardon, *Traité de l'alluvion*, ecc., t. III, n. 22.
(3) Daviel, *Des cours d'eau*, t. III, n. 819.
(4) Demolombe, t. X, p. 31, n. 36-42.

ai vicini; perciò non può parlarsi di danni-interessi in conseguenza di queste inondazioni.

N. 4. — Delle acque correnti.

I. — Proprietà delle acque correnti.

a) *Corsi d'acqua navigabili.*

254. Abbiamo detto altrove che il codice civile considera i fiumi ed i corsi d'acqua navigabili e atti al trasporto come una pertinenza del demanio pubblico (1) (art. 538). Da ciò si deduce che i rivieraschi non vi hanno alcun diritto; essendo destinati all'uso di tutti, questi corsi d'acqua non sono suscettibili di proprietà alcuna. Tali sono i termini dell'art. 538. Il principio venne stabilito dalla legge del 28 settembre 1791, che ordinariamente si chiama il codice rurale, ma il legislatore del 1791 ne deduceva un'altra conseguenza. « Nessuno, egli dice (tit. I, sez. I, art. 4), può pretendersi proprietario esclusivo d'un corso d'acqua navigabile o atto al trasporto. In conseguenza, qualunque proprietario rivierasco può, in virtù del diritto comune, farvi prese d'acqua, senza nondimeno deviarne od ostacolarne il corso in guisa da nuocere al bene generale ed alla navigazione ». Questa disposizione fu intesa nel senso che i rivieraschi potessero, senza alcuna autorizzazione, praticare prese d'acqua sulle vie navigabili Donde i più gravi abusi. Si legge nel decreto del 9 ventoso anno VI, emanato dal Direttorio esecutivo: « I corsi d'acqua navigabili ed atti al trasporto sono, nella maggior parte dei dipartimenti della repubblica, ostruiti con ture, cateratte, argini, ecc. Donde risultano non solo l'inondazione dei terreni limitrofi e l'interruzione della navigazione, ma la scomparsa degli stessi corsi d'acqua, il cui fondo, ripieno di sabbia o di melma, si eleva in una proporzione spaventevole. Una più lunga tolleranza di questo abuso farebbe ben tosto scomparire l'intiero sistema di navigazione della repubblica, quale navigazione, quando avrà ricevuto tutti i suoi sviluppi mediante opere d'arte, deve portare l'industria e l'agricoltura della Francia ad un punto cui nessuna altra nazione potrà giungere mai ».

Il Direttorio richiamò le antiche ordinanze e le leggi emanate dopo la Rivoluzione, che tutte richiedevano l'intervento dell'autorità amministrativa per autorizzare le prese d'acqua da un torrente navigabile. Questo principio è consacrato implicitamente dall'art. 644 del codice civile, il quale non attribuisce diritto ai rivieraschi se non sulle acque correnti *diverse da quelle che*

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 8 e seg.

sono dichiarate di pertinenza del demanio pubblico dall'art. 538. Ciò significa che a rigor di principio i rivieraschi dei fiumi navigabili non hanno alcun diritto su queste acque. Nondimeno, il codice non intende già di proscrivere ogni uso delle vie navigabili nell'interesse dei rivieraschi; quantunque siano destinate essenzialmente alla navigazione, non richiedendo questo servizio che un certo volume d'acqua, l'eccedente, se ve n'è, può essere utilizzato dai rivieraschi, sia per l'irrigazione delle terre, sia pel movimento delle officine: l'agricoltura e l'industria sono altresì interessi generali, che debbonsi conciliare con i bisogni della navigazione; sarebbe assurdo sacrificare uno di questi interessi all'altro, poichè le vie navigabili, al pari che tutte le vie di comunicazione, non sono che un istrumento per lo sviluppo dell'agricoltura, dell'industria e del commercio.

255. Non essendo i corsi d'acqua navigabili capaci di appropriazione, le concessioni che il potere amministrativo accorda ai rivieraschi non possono trasmettere a costoro un diritto di proprietà sulle acque: qualunque concessione rimane subordinata all'interesse generale e quindi il governo ne è il custode. Donde segue che le concessioni fatte ai rivieraschi sono sempre revocabili; e se vengano revocate, lo Stato non deve ai rivieraschi alcuna indennità, dal momento che non toglie loro alcun diritto. La Corte di cassazione del Belgio ha tratto da ciò la conseguenza che i rivieraschi non hanno azione possessoria contro lo Stato. Infatti, le azioni possessorie non possono essere promosse che da coloro che posseggono a titolo diverso dal semplice precario (codice di procedura, art. 23), ed il possesso dei rivieraschi d'un corso d'acqua navigabile è precario nel senso che la concessione in virtù della quale godono della acque può esser sempre loro ritirata. Un'altra conseguenza del medesimo principio è che i rivieraschi non possono dolersi di essere turbati nel loro possesso, quando il governo, per motivi di utilità generale, fa dei lavori sui fiumi navigabili; è questo il suo diritto, ed è anche il dover suo, e non si potrebbe obbiettargli che, cagionando un pregiudizio ai rivieraschi, leda i loro diritti, poichè essi non ne possono opporre alcuno allo Stato da cui derivano il loro godimento precario (1).

Nella causa sottoposta alla Corte di cassazione, il pubblico ministero aveva prese contrarie conclusioni. Gli sembrava che le concessioni fatte ai rivieraschi conferissero loro un diritto reale, diritto che non si poteva togliere, se non mediante una giusta e preventiva indennità, poichè ne risultava un'espropriazione per causa d'utilità pubblica. Ma con ciò si sarebbe venuti a disconoscere la natura di queste concessioni ed i diritti che ha lo Stato come custode del pubblico demanio. I corsi d'acqua

---

(1) Sentenza di Cassazione del 14 novembre 1844 (*Pasicrisie,* 1846, 1, 408).

navigabili non sono in commercio, il governo non può alienarli; non può quindi gravarli d'un diritto reale, essendo il diritto reale uno smembramento della proprietà; dunque la concessione d'un diritto reale è un'alienazione parziale, e lo Stato non ha il diritto di alienare le acque navigabili nè parzialmente nè totalmente. Poichè i rivieraschi non hanno alcun diritto reale sui corsi d'acqua navigabili, non si può dire che lo Stato li espropri, quando toglie loro un godimento che aveva accordato sotto la riserva di modificare le sue concessioni ed anche di revocarle, se la utilità pubblica lo esigesse.

256. Il governo ha diritto e dovere di migliorare il corso dei fiumi navigabili per considerazioni d'utilità generale (1). Costruendo un argine, viene egli a sopprimere od a diminuire il beneficio dell'irrigazione naturale che le acque procuravano ai fondi rivieraschi; con ciò cagiona loro un danno: è esso tenuto a ripararlo? La Corte di Bruxelles ha decisa la questione in favore dei rivieraschi dell'Escaut. Essa ha veduto nella diminuzione del valore delle proprietà rivierasche, conseguenza immediata dei lavori che impediscono l'irrigazione, una vera espropriazione parziale della proprietà utile dei rivieraschi, espropriazione che torna loro altrettanto pregiudizievole come se lo Stato li avesse materialmente privati d'una parte della loro cosa. Questa sentenza è stata cassata sulle conclusioni conformi dell'avvocato generale, il quale ha fatto giustizia delle sottigliezze su cui la Corte aveva fondata la sua dottrina. Nella specie, il governo non aveva fatta alcuna concessione ai rivieraschi; lo Stato era dunque nella sua libertà completa. Che gli si opponeva? Il godimento immemorabile che le inondazioni del fiume procuravano ai rivieraschi. Supponendo che fosse questa una concessione della natura, confermata dal silenzio del potere amministrativo, una simile concessione tacita non poteva certo attribuire ai rivieraschi un diritto che non avrebbe potuto esser loro conferito da una concessione espressa. Ma come vedere un diritto ove non è che semplice tolleranza del potere amministrativo? Quanto al beneficio della natura, la legge non lo riconosce come un diritto, poichè collocando i corsi d'acqua navigabili fra i beni spettanti al demanio pubblico, nega ai rivieraschi qualunque diritto d'usare delle loro acque. Potrà dunque parlarsi di espropriazione là dove non vi è alcun diritto? (2).

La vera difficoltà era questa: lo Stato, amministrando il demanio pubblico, può cagionare un danno ai privati, senza essere

---

(1) Legge dei 12-20 agosto 1790, capitolo VI; legge dei 26 settembre - 6 ottobre 1791, tit. II, art. 1°.

(2) Bruxelles, 30 maggio 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 366). Sentenza di Cassazione del 7 novembre 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 94). Vedi le conclusioni dell'avvocato generale Faider (*ibid.*, p. 98). Vi sono due sentenze della Corte di Liegi, del 15 agosto 1850 e del 10 luglio 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 79, e 1852, 2, 228, che si potrebbero invocare in favore dell'opinione contraria.

tenuto a ripararlo? La risposta si deduce da ciò che abbiamo detto testè. Chi ha il diritto di fare una cosa non è responsabile delle conseguenze del suo fatto, finchè non leda un diritto di colui il quale duolsi del danno che prova. Tale è il principio. L'applicazione del medesimo non presenta nella specie alcuna difficoltà. Il governo aveva più che il diritto, il dovere di migliorare il corso dell'Escaut; esso ha con ciò cagionato un danno ai rivieraschi, arrestando le inondazioni che rendevano fertili le loro terre. Ha leso con ciò un diritto ad essi appartenente? No certo: e ciò è decisivo. Non poteva quindi trattarsi di espropriazione. É un abuso di parole far questione di espropriazione ove la proprietà rimane integra, quantunque diminuita di valore. Potrà trattarsi di danni, ma non di espropriazione.

257. Questi principii s'applicano altresì al demanio pubblico della provincia e del Comune. Noi ne troviamo un esempio notevole in una sentenza della Corte di Digione. Una sorgente scaturisce sul pendìo d'una collina di proprietà privata. Le acque che ne scorrono sono ricevute in un acquedotto ed alimentano un serbatoio destinato ad abbeverare il bestiame ed a lavare la biancheria degli abitanti. Prima del 1842, le acque scorrevano nel letto che s'erano scavato sulla strada. Uno dei rivieraschi le derivò sul suo fondo. Formavano esse un ruscello nel senso dell'art. 644, o facevano parte del demanio pubblico del Comune? La Corte decise che le acque appartenevano al Comune, il quale se non ne aveva prescritto l'uso, aveva il diritto di ottenerlo in virtù dell'art. 643 del codice civile. Donde la sentenza conclude che le acque essendo necessarie al Comune, dovevano essere collocate nell'ordine delle cose imprescrittibili ed inalienabili enumerate dall'art. 538. Donde la conseguenza forzata che non potevano formare obbietto se non di concessioni temporanee e revocabili, finchè scorrevano sul suolo appartenente al Comune. Il sindaco aveva autorizzato nel 1842 un rivierasco a derivare le acque; posteriormente, un altro sindaco revocò questa concessione. Non rimaneva dunque al rivierasco che il diritto comune dell'art. 644; ora, egli non poteva invocarlo anzitutto perchè la sua proprietà non era contigua al corso d'acqua, di più perchè il corso d'acqua era fuori commercio, formando parte del demanio pubblico comunale (1).

In questa sentenza vi è un miscuglio d'errori e di verità Non è esatto dire che l'art 643 attribuisce ai Comuni la proprietà delle acque che sono necessarie agli abitanti; essi non hanno che il diritto di servirsene per i loro bisogni, e per conseguenza nel limite di questi: è una semplice servitù che grava il fondo in cui la sorgente scaturisce. Quando la sorgente diviene un'acqua corrente, è regolata dall'art. 644, a termini del quale i rivieraschi possono servirsi delle acque. Se il torrente scorre

(1) Digione, 23 gennaio 1867 (Dalloz, 1867, 2, 216).

sulla via pubblica, diverrà parte del demanio pubblico, ed a questo titolo imprescrittibile? Senza dubbio finchè esso scorre in un letto che si è scavato nella pubblica via, è a disposizione del Comune, nel senso che il Comune può servirsene; ma si può dire che le acque partecipano del carattere d'imprescrittibilità della strada in cui scorrono? Ciò è almeno dubbio Non si può prescrivere la via pubblica contro il Comune che ha la gestione di questa parte del demanio pubblico; ma le acque non sono una via pubblica, non servono all'uso di tutti, ma servono ai rivieraschi. Se i proprietarii non sono rivieraschi, come nella specie decisa dalla Corte di Digione, non possono invocare l'art. 644, ciò s'intende da sè. Ma se sono rivieraschi, noi crediamo che possano servirsi delle acque, in virtù dell'articolo 644 ed osservando i regolamenti sulla edilizia. La circostanza che le acque scorrano sopra una via pubblica non le fa entrare nel demanio pubblico, se per loro natura sono alienabili e prescrittibili. Noi vedremo più innanzi se sia uguale la condizione dei corsi d'acqua non navigabili.

b) *Dei corsi d'acqua artificiali.*

258. Vi hanno corsi d'acqua artificiali che appartengono al demanio pubblico: sono questi i canali di navigazione. Noi ne abbiamo parlato altrove, al pari dei canali costruiti per via di concessione (1). Ve ne sono altri di proprietà privata, cioè i canali che servono a condurre le acque necessarie al movimento delle officine, od i loro scoli. Questi canali sono una pertinenza dello stabilimento al cui servigio vennero destinati; pertinenza talmente necessaria che se n'è indotta una presunzione di proprietà in favore del padrone di quello. La questione venne già esposta da noi al titolo della *Proprietà* (2). Qui diamo per presupposto che la proprietà sia certa; importa ora di vedere quali conseguenze ne risultino.

259. Essendo questi canali spettanza di privati, bisognerà applicar loro i principii che regolano la proprietà privata. Ciò equivale a dire che l'art. 644 non è applicabile; il proprietario dell'officina non è dunque tenuto a restituire le acque, allorchè escono dal proprio fondo, ai proprietarii inferiori; l'art. 644, che impone questo obbligo a quegli il cui fondo è attraversato da un'acqua corrente, suppone che l'acqua abbia corso naturale, il che esclude le acque d'un canale di smaltimento. In conseguenza, la Corte di cassazione ha deciso che i proprietarii inferiori non avevano alcun diritto a queste acque; ciò sembra così evidente che non si riesce a comprendere come la questione

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 14.
(2) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 186 e seg.

abbia potuto portarsi avanti la Corte suprema. Nella fattispecie, si eccepiva che il proprietario dello stabilimento aveva derivato le acque del canale che le conduceva e di quello che le smaltiva da un corso d'acqua non navigabile; queste acque conservavano, dicevasi, il loro carattere d'acque correnti, quantunque scorressero in un canale fatto per opera dell'uomo; erano dunque soggette alla disposizione dell'art. 644. Senza dubbio se un proprietario rivierasco, in virtù del diritto che gli attribuisce l'articolo 644, usa delle acque che attraversano il suo fondo, mediante un canale di derivazione, deve restituirle al corso d'acqua mentre esce dai suoi terreni, e per conseguenza i rivieraschi inferiori avrebbero ragione di reclamare, se il proprietario del canale non restituisse le acque al loro corso naturale. Ma tale non era la specie; trattavasi d'un proprietario inferiore del canale di smaltimento che rivendicava l'uso delle sue acque, senza essere rivierasco del corso d'acqua sul quale era stabilita la presa. Non si era più quindi nei termini dell'art. 644, si rientrava sotto l'impero dei principii generali che regolano la proprietà (1).

In un'altra specie decisa dalla Corte di cassazione, il proprietario dello stabilimento che aveva derivate le acque d'un corso d'acqua col mezzo d'un canale artificiale. e che era nel contempo rivierasco del canale e del corso d'acqua, aveva stabilita in questo canale una presa per l'irrigaziane delle sue proprietà. I rivieraschi inferiori, egualmente proprietarii di stabilimenti alimentati dal corso d'acqua, si dolsero di tale opera e ne chiesero la distruzione. La Corte giudicò che il proprietario superiore essendo rivierasco del corso d'acqua che alimentava il canale, poteva, a termini dell'art. 644, servirsi delle acque stesse per la irrigazione della sua proprietà (2). Questa decisione sembra anzitutto in contraddizione con la precedente, poichè applica alle acque derivate, scorrenti in un canale privato, i principii che regolano le acque correnti. Ma era ben diversa la questione da decidersi; si trattava, nella prima specie, di proprietarii inferiori non rivieraschi, i quali evidentemente non potevano invocare il beneficio dell'art. 644; mentre nell'ultima erano i rivieraschi che reclamavano contro una presa fatta nel canale che conduceva le acque al molino, e che veniva a diminuire il volume d'acqua necessario pel loro bisogno. Per respingere i loro reclami, era mestieri di constatare che il proprietario del canale aveva avuto il diritto di fare questa presa d'acqua nella sua qualità di rivierasco; poco importava infatti ch'ei la facesse direttamente nel corso d'acqua od in un canale derivato. Indi bisognava dimostrare che questa presa

---

(1) Sentenza di rigetto del 24 dicembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 411).
(2) Sentenza di rigetto del 7 gennaio 1845 (Dalloz, 1845, 1, 182).

d'acqua non nuocesse ai rivieraschi inferiori; poichè, trattandosi delle acque di un fiume, dovevano applicarsi gli articoli 644 e 645, in virtù dei quali i rivieraschi non hanno che un diritto limitato sulle acque, e i tribunali devono ripartirne l'uso fra di loro in modo da conciliare i diversi interessi.

260. Dal principio che i corsi d'acqua artificiali sono proprietà privata, segue che i rivieraschi dei canali non vi possono esercitare alcun diritto. Le acque correnti di cui parla l'art. 644 sono i corsi d'acqua naturali, i fiumi non navigabili nè atti al trasporto, quelli cioè sui quali i rivieraschi hanno una specie di proprietà, secondo gli uni, e che, secondo gli altri, non appartengono a chicchessia. Tali non sono certo i canali, ancorchè derivati da un corso d'acqua naturale, poichè per il fatto della loro derivazione, le acque sono divenute di proprietà privata, nel senso che soltanto il proprietario del canale può servirsene, salvo l'obbligo che gl'incombe, in virtù dell'articolo 644, di restituire le acque, mentre esce dal suo fondo, al corso cui appartengono; finchè scorrono sul suo terreno, egli ne ha l'uso esclusivo. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo su questo punto, e non potrebbe esservi dubbio (1). Tuttavia i tribunali hanno talvolta ceduto a considerazioni d'equità, facendole prevalere sopra il rigore del diritto; ma la Corte di cassazione ha sempre, e giustamente, repressi simili slanci. Così è avvenuto che i giudici del fatto accordassero ai rivieraschi un diritto sulle acque di un canale, sottomettendolo a condizioni che impedivano qualunque pregiudizio per i proprietarii d'officine; la Corte di cassazione ha annullata la decisione, mantenendo integro il diritto di proprietà di colui al quale le acque appartengono; è infatti una questione di proprietà e non di danni (2). Un'altra Corte aveva attribuito al proprietario dello stabilimento l'onere di provare che il canale non fosse gravato d'una servitù di presa d'acqua, ad onta del principio elementare che consacra tanto la libertà dei fondi, quanto quella delle persone, ed in conseguenza del quale, non tocca già al proprietario di provare che il suo fondo è libero, ma spetta a colui che pretende avere una servitù sopra un corso d'acqua artificiale di dimostrare fondato il proprio diritto (2).

---

(1) Vedi le autorità citate in Aubry e Rau, t. III, p. 47, nota 7. Demolombe, t. XI, p. 154, n. 127, e le sentenze in Dalloz, alle parole *Servitude*, nn. 240 e 241; *Eaux*, nn. 357 e 359; *Prescription*, n. 152.

(2) Sentenza di Cassazione del 9 dicembre 1818 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 358). Una sentenza del 28 febbraio 1870 (Dalloz, 1870, 1, 419) sembra decidere il contrario, riconoscendo agli abitanti della località il diritto di attingere acqua al canale dello stabilimento, di abbeverarvi le loro bestie e di lavarvi la loro biancheria: la Corte qualificò questi diritti come *naturali*, preesistenti alla costruzione del canale, ma ebbe cura di constatare che il canale era stato costruito tanto nell'interesse degli abitanti del villaggio ch'esso attraversava, quanto in quello dei molini. È dunque una decisione di specie e non di principio.

(3) Sentenza di Cassazione del 17 marzo 1840 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 362).

261. Dal momento che i rivieraschi di un corso d'acqua artificiale non hanno alcun diritto sulle acque, mentre i rivieraschi d'un fiume hanno sopra di esso i diritti determinati dall'art. 644, importa molto di sapere se un corso d'acqua sia naturale o artificiale. Ordinariamente i canali sono derivazioni fatte dalla mano dell'uomo, di guisa che di fronte ad un canale artificiale trovasi un corso d'acqua naturale che lo alimenta: in questo caso, la questione non può neppur sorgere. Ma che bisogna decidere se non vi è che un sol corso d'acqua, il quale, in una parte del suo cammino, ha un letto artificiale? Un rivierasco deriva le acque da un corso e scava ad esse un nuovo letto, allo scopo di farle servire ad alimentare due stabilimenti costruiti sul canale. Posteriormente i due molini sono separati ed insorge contestazione tra i proprietarii sull'uso delle acque del canale. L'uno sostiene che è un canale artificiale, di cui ha la proprietà esclusiva; l'altro pretende che si tratta d'un corso d'acqua naturale. La Corte d'Orléans ha giudicato che quando il canale scorre attraverso l'antico letto d'un corso d'acqua, costituisce un'acqua corrente, nel senso dell'art. 644; che in conseguenza, il proprietario inferiore non può pretendere un diritto esclusivo sulle acque, ed impedire ai rivieraschi superiori di servirsene per l'irrigazione delle loro proprietà; ch'egli non ha se non il diritto che gli è concesso dalla disposizione dell'art. 644 (1). La sentenza non invoca altro motivo che il fatto; non avendo il corso d'acqua che un sol letto dev'essere considerato per tutto il suo corso come un'acqua naturale, regolata per conseguenza dall'art. 644

Vi è una sentenza in senso contrario della Corte di cassazione. Un proprietario rivierasco deviò il corso d'un fiume pel movimento di un'officina; il nuovo letto non era artificiale che in parte; in un punto intermedio, era stato conservato l'antico; in questo punto dunque il corso d'acqua era naturale, poichè scorreva in un letto che non era fatto dalla mano dell'uomo. Il proprietario dell'officina contestò al rivierasco, in questo punto intermedio, il diritto di servirsi delle acque, pretendendo che per conseguenza dei lavori di derivazione, l'acqua non era più un fiume, ma era divenuta un canale. Queste pretese furono rigettate dalla Corte di Digione e, prodotto ricorso per cassazione, la decisione venne confermata (2). La sentenza dice che lo stesso corpo d'acqua può essere in una parte del suo corso acqua naturale regolata dall'art. 644, ed in altra parte un'acqua artificiale di cui dispone il proprietario soltanto. Questa decisione ci sembra più giuridica di quella della Corte di Orléans. Un corso d'acqua può essere soggetto a regole differenti nelle sue varie parti. Così un fiume non è navigabile che in una parte

---

(1) Orléans, 13 dicembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 353).

(2) Digione, 10 agosto 1831; e sentenza di rigetto della sezione civile del 7 agosto 1839 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 365).

del suo corso; fin dove non lo è, i rivieraschi vi hanno i diritti determinati dall'art. 644; essi non hanno più questi diritti a partire dal punto in cui il corso d'acqua diviene navigabile. Un corso d'acqua, ridotto a canale, entra nel demanio pubblico, ma solamente per la parte ch'è tale; ove non è navigabile, appartiene ai rivieraschi nei limiti stabiliti dall'art. 640. Del pari, un corso d'acqua può essere proprietà privata nella parte in cui ha un letto artificiale; essendo il letto proprietà del rivierasco, l'acqua altresì deve appartenergli; ma essa ridiventa proprietà dei rivieraschi, o proprietà comune, come meglio piaccia, laddove scorre nel suo letto naturale.

262. I rivieraschi d'un canale artificiale vi possono acquistare dei diritti per titolo? Poichè questi canali sono proprietà privata, possono essere gravati d'una servitù per titolo, come le acque sorgive e le piovane. E la servitù può costituirsi altresì per destinazione del padre di famiglia, s'è continua ed apparente, come lo è una servitù di acquedotto. Questi principii sono incontestabili; essi sono ammessi del pari dalla dottrina e dalla giurisprudenza. È stato deciso che il proprietario d'un'officina può concedere una presa d'acqua sulla gora d'un molino; questa servitù è regolata dai principii che regolano le servitù; di guisa che se è stata concessa per una destinazione speciale, ad esempio per alimentare un vivaio, non può essere estesa ad un altro fondo per l'irrigazione (1).

263. Hanno i rivieraschi mestieri d'una concessione per soddisfare a bisogni che diconsi naturali, come il lavare, l'attingere acqua, l'abbeverare il bestiame? Fa meraviglia il leggere in una sentenza della Corte di cassazione che il diritto di proprietà del padrone dell'officina non giunge sino ad impedire la facoltà di soddisfare ai bisogni naturali dell'uomo. Il diritto di proprietà non è forse un diritto esclusivo? Il proprietario non può proibire ad ogni persona qualunque uso della sua cosa? Con qual diritto la Corte di cassazione restringe questo potere assoluto? Queste restrizioni sarebbero delle servitù; e si possono imporre delle servitù ad un fondo in nome dei bisogni naturali dell'uomo? Che importa, come constata la sentenza, che l'esercizio di queste facoltà naturali non cagioni alcun pregiudizio all'officina? (2). È una questione di proprietà e non di pregiudizio.

264. Possono i rivieraschi acquistare un diritto sulle acque mediante prescrizione? Bisogna applicare per analogia ai rivieraschi d'un canale ciò che l'art. 641 dice dei rivieraschi inferiori d'un'acqua sorgiva. Vi è identità di motivo. S'intende da sè però che la servitù dev'essere continua ed apparente. La Corte di cassazione ha deciso che un diritto di presa d'acqua

---

(1) Sentenza di rigetto del 5 maggio 1868 (Dalloz, 1868, 1, 336). Confronta sentenza di rigetto del 25 marzo 1868 (Dalloz, 1868, 1, 493) e Demolombe, t. XI, p. 166, n. 137.

(2) Sentenza di rigetto del 13 giugno 1827 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 241).

poteva acquistarsi mediante prescrizione sopra un canale artificiale che conducesse ad un molino le acque destinate a metterlo in movimento. La sentenza della Corte di Parigi constatava che la presa d'acqua ottenevasi, da oltre trent'anni, mediante una sbarra; che questa sbarra era stata costruita sul canale, mediante lavori visibili destinati a facilitare il declivio ed il corso dell'acqua nella proprietà rivierasca; che il possesso riuniva tutti i caratteri richiesti dalla legge (1). La questione non presenta il minimo dubbio, salvo il punto di sapere su qual fondo i lavori debbono essere praticati. Noi abbiamo già esaminata questa difficoltà (n. 203). Va da sè che se si fosse trattato d'una servitù discontinua, essa non avrebbe potuto acquistarsi con la prescrizione; tale sarebbe il diritto di lavare sopra un canale: questo diritto non può essere costituito che per titolo (2).

Si debbono applicare questi principii tanto al canale che esporta quanto a quello che conduce le acque? La Corte di Grenoble ha fatta una distinzione. In quest'ultimo, essa dice, nessun rivierasco può deviare le acque dalla gora, se non in virtù d'un titolo o della prescrizione; ma in quello e nelle parti in cui nessun danno può derivare al funzionamento dell'officina dall'irrigazione praticata dai rivieraschi, la *presunzione* è che questo diritto venga loro lasciato in ricompensa del pregiudizio loro cagionato dalla costruzione del canale. Donde la sentenza conclude che non ispetta ai rivieraschi giustificare con titolo o con prescrizione la facoltà di irrigare le loro terre; essi hanno in loro favore la *presunzione,* che li dispensa da qualunque prova. Al contrario, tocca al proprietario dell'officina l'onere di provare il suo diritto, se vuole ritenere il possesso esclusivo delle acque all'ingiù dello stabilimento. Ecco una di quelle opinioni che trovano favore presso i magistrati, perchè hanno un'apparenza di equità; essi dimenticano di essere i ministri della legge. Ma donde mai la Corte di Grenoble ha ricavata questa pretesa *presunzione* in favore dei rivieraschi inferiori? Non certo dalla legge. E può esservi una presunzione legale senza legge? Prima eresia giuridica. Ve n'è una seconda. Da una simile presunzione risulterebbe una servitù a carico del canale che esporta le acque, il che mena alla conseguenza, ammessa dalla Corte, che spetta al proprietario di dar la prova della sua liberazione. Così nella mancanza di un testo che crei una servitù, si costringe il proprietario a provare che il suo fondo è libero!

265. Circa l'applicazione dei principii che abbiamo stabilito si presenta ancora un'altra difficoltà. Si domanda se il proprietario dell'officina può cedere a terzi non rivieraschi delle prese

(1) Sentenza di rigetto del 27 febbraio 1854 (DALLOZ, 1854, 1, 127).
(2) Grenoble, 24 novembre 1843 (DALLOZ, 1845, 2, 162).

d'acqua nel canale del molino, per l'irrigazione delle loro proprietà che non lo fronteggiano. La Corte di Nîmes ha decisa la questione affermativamente, ma la sentenza soggiunge che spetta al tribunale di verificare se il volume d'acqua è sufficiente perchè la concessione possa esercitarsi, anche nella stagione in cui il livello dell'acqua è più basso, senza nuocere ai diritti degli altri rivieraschi le cui terre sono attraversate dal canale (1). Questa riserva è in contraddizione col dispositivo della sentenza che riconosce al proprietario dell'officina un diritto *esclusivo* alle acque; se egli ha la proprietà esclusiva, i rivieraschi sono carenti di diritto. perciò i tribunali non hanno il potere conciliativo che l'art. 645 lor conferisce quando si tratta di un'acqua corrente. Ma è egli vero, come dice la Corte, che il proprietario dell'officina sia necessariamente proprietario delle acque del canale? Egli può non avere su di esse che un diritto di servitù, ed in questo caso certamente non può disporne nè in vantaggio di un rivierasco nè in quello di un non rivierasco. Ancorchè abbia la proprietà delle acque, può non averne la proprietà esclusiva; se le ha derivate da un corso d'acqua naturale, è tenuto a restituirle al medesimo; in questo caso, non può concederle ad un terzo in pregiudizio dei proprietarii che sono rivieraschi del corso d'acqua. Il diritto di concessione non si concepirebbe dunque se non quando il proprietario del canale avesse la proprietà assoluta delle acque, quando, perciò, i proprietarii inferiori non potessero reclamare alcun diritto. Noi rinviamo a ciò che abbiamo detto innanzi intorno alle acque sorgive (n. 190 e seg.) e alle acque piovane (n. 230).

266. Vi sono canali artificiali che la giurisprudenza considera come corsi d'acqua naturali nel senso dell'art. 644. Tali sono i canali costruiti prima del 1789 dai proprietarii di un molino, non in questa qualità, ma come signori feudali ai quali era devoluta la polizia delle acque non navigabili. Era questo un avanzo dell'antica loro sovranità: agendo come sovrani si reputava che essi costruissero il canale, non nell'interesse del loro molino, ma in quello di tutti i rivieraschi. Donde segue che i canali non divenivano proprietà privata, e per conseguenza i rivieraschi vi potevano esercitare i diritti consacrati dall'articolo 644, i quali, naturalmente, spettano ancor loro sotto l'impero del codice civile (2). Ciò si ammette facilmente quando è provato che il canale è stato costruito da un signore ed in questa qualità; ma quando costui era nel contempo signore feudale e proprietario di uno stabilimento, come potrà conoscersi in quale qualità egli abbia agito? Le Corti decidono la questione in fatto;

(1) Nimes 6 dicembre 1852 (Dalloz, 1852, 2, 209).
(2) Sentenza di rigetto del 31 marzo 1852 (Dalloz, 1852, 2, 288). Grenoble, 24 novembre 1843 (Dalloz, 1845, 2, 162).

ma per giudicare occorrono dello prove, e non se ne allega alcuna. Noi crediamo che si debbano applicare i principii generali che regolano le prove. Spetta dunque a coloro i quali pretendono che un canale artificiale è un corso d'acqua pubblico, di dimostrarlo.

267. La prova può essere difficile, impossibile anche. Si potrà ricorrere, in questo caso, a presunzioni di fatto? Ecco la specie che si è presentata innanzi alla Corte di cassazione. Un canale artificiale serve all'esercizio di uno stabilimento, ma prima di arrivarvi, percorre un'estensione di due chilometri, ed in questo lungo cammino tutti i rivieraschi se ne servono; inoltre è constatato che il canale è formato dalla riunione di diversi ruscelli la cui direzione naturale è stata modificata da opere d'antica data. È una gora, ovvero un'acqua corrente? La Corte di cassazione ha deciso che dalle circostanze così constatate, la Corte d'appello aveva potuto dedurre la conseguenza *legale* che le acque conservavano in tutto il loro corso, non ostante i lavori fatti dalla mano dell'uomo per contenerle in un letto regolare, il carattere d'acque correnti nel senso dell'art. 644; donde la conseguenza che i proprietarii i cui fondi esse attraversavano non potevano servirsene che sotto la condizione di restituirle al loro corso ordinario. La Corte entra qui in un ordine d'idee che noi abbiamo combattuto al titolo della *Proprietà* (1). La giurisprudenza ammette che i canali fatti dalla mano dell'uomo per servire all'esercizio di un molino si presumono fatti dal proprietario del molino ed appartenergli; ma questa *presunzione* non e ammessa se non quando i lavori sono stati eseguiti esclusivamente nel suo interesse. La presunzione non è più applicabile, dice la Corte di cassazione, quando i lavori esistono sovra un corso d'acqua di estensione considerevole, che serve all'uso di più stabilimenti ed ai bisogni degli abitanti. In tali circostanze, conclude la sentenza, il canale o letto del corso d'acqua altra cosa non è che il corso d'acqua istesso, e lo stabilimento, che, da ultimo, ne riceve le acque, non ne fa uso che al medesimo titolo degli altri rivieraschi (2). In conclusione, è decidere una questione di proprietà con delle presunzioni di fatto. È certo che, secondo il rigore dei principii, ciò è inammessibile, non potendo le presunzioni dell'uomo essere invocate che nei casi in cui la legge permette la prova testimoniale (art. 1353). È una di quelle questioni nelle quali la forza delle cose prevale sulla legalità; salvo che non si ammetta esservi impossibilità per i rivieraschi attuali di procurarsi una prova scritta: in questo caso è ammissibile la prova testimoniale, e per conseguenza, lo sono pure le presunzioni.

---

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 187.
(2) Sentenza di rigetto del 26 aprile 1854 (Dalloz, 1854, 1, 139).

c) *Dei corsi d'acqua non navigabili.*

268. Abbiamo esposto altrove la controversia concernente la proprietà dei corsi d'acqua non navigabili nè atti al trasporto (1). Secondo la nostra opinione, essi appartengono ai rivieraschi, ma il loro diritto non è la proprietà assoluta definita dall'articolo 544: è una proprietà limitata nel senso che la natura destina le acque correnti all'uso di tutti i rivieraschi e la legge consacra il voto della natura. Tal'era già la dottrina dell'antico diritto. « Pei corsi d'acqua, dice Coquille, e per gli altri fondi pubblici, il diritto di ciascuno è di usarne in modo che non ne venga impedito l'uso degli altri » (2). Le usurpazioni del feudalismo avevano spogliati i rivieraschi di un diritto largito dallo stesso Creatore; tuttavia le consuetudini limitarono i diritti dei signori nell'interesse dei rivieraschi. Si legge nella consuetudine di Normandia (art. 206): « I signori, quantunque reputati proprietarii dei corsi d'acqua, non possono deviarne le acque che a condizione di restituirle, mentre escono dai loro fondi, al loro corso ordinario e senza danno altrui ». L'art. 644 del codice Napoleone riproduce questa disposizione quasi nei termini istessi. È senza dubbio per meglio assicurare i diritti dei rivieraschi che la giurisprudenza si ricusa di riconoscer loro la proprietà dei corsi d'acqua non navigabili. Infatti, il diritto di proprietà è per sua natura invadente, esso tende necessariamente a divenire esclusivo; ora, l'uso delle acque non potrebbe essere esclusivo, essendo quest'appropriazione in opposizione colle leggi della natura. È in questo senso che la Corte di cassazione proclama l'acqua corrente una cosa comune fra coloro i cui fondi costeggia o attraversa (3). La natura, è vero, ne attribuisce anzitutto l'uso al rivierasco superiore, ma questi non può assorbirne le acque in pregiudizio degli inferiori, perchè essi hanno un diritto eguale al suo: non bisogna, dice la suprema Corte, che il diritto di tutti divenga il privilegio di un solo. Donde il principio egualmente consacrato dalla giurisprudenza che il declivio dei corsi d'acqua non è suscettibile di proprietà privata. Di qui ancora la conseguenza che il proprietario i cui fondi sono attraversati da un corso d'acqua non può domandare, a titolo di diritto assoluto, che la chiudenda di uno stabilimento situato all'ingiù sia regolata in modo che non si faccia sentire alcun rigurgito d'acqua lungo la sua proprietà: il diritto di uno dei rivieraschi è necessariamente modificato e limitato dall'egual diritto dell'altro (4).

---

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 15 e seg.
(2) GUY-COQUILLE, *Coutume du Nivernais*, titolo *des Maisons*, art. 2.
(3) Sentenza di Cassazione del 17 e 4 dicembre 1861 (DALLOZ, 1862, 1, 73 e 74).
(4) È la giurisprudenza costante del Consiglio di Stato. Noi ci limitiamo a citare il decreto più recente del 18 aprile 1866 (DALLOZ, 1869, 3, 63). Confronta DALLOZ alla parola *Eaux*, n. 419 e 420.

269. Donde la giurisprudenza conclude che i corsi d'acqua non navigabili sono inalienabili ed imprescrittibili (1). Non già che questi corsi d'acqua siano annoverati fra i beni spettanti al demanio pubblico, e che, come tali, siano fuori commercio. L'art. 644 stabilisce una distinzione precisa tra i corsi d'acqua navigabili che sono considerati come pertinenza del demanio pubblico, e quelli non navigabili che non appartengono al medesimo; i rivieraschi dei primi non vi possono esercitare alcun diritto che per via di concessione, mentre gli altri hanno piena facoltà di servirsi dei corsi d'acqua che costeggiano o attraversano i loro fondi; ed è appunto perchè tutti han questo diritto che nessuno di essi può disporre del corso d'acqua, come un proprietario può disporre della sua cosa. Le sentenze che stabiliscono il principio ne deducono la conseguenza che i rivieraschi non possono opporre nè titolo, nè prescrizione contro i regolamenti emanati dall'autorità amministrativa nell'interesse di tutti: ecco un altro carattere di questa proprietà limitata che appartiene ai rivieraschi, che cioè essa è subordinata al diritto che lo Stato esercita sui corsi d'acqua navigabili o non, nell'interesse generale. Noi dovremo ritornare su questo punto. In tal senso, la Corte di cassazione del Belgio dice che « l'uso delle acque correnti è subordinato all'interesse generale, cui debbono cedere gl'interessi particolari » (2).

270. Noi abbiamo già detto che, nell'antico diritto, questi principii non erano osservati, neppure per i canali destinati alla navigazione. Lo Stato, vale a dire il principe nella persona del quale lo Stato si concentrava, disponeva delle vie navigabili o non; ed i signori feudali facevano da parte loro concessioni in virtù della loro sovranità feudale. I diritti di proprietà conferiti da questi atti possono ancora invocarsi dai concessionari, sotto l'impero del nostro codice che non riconosce più proprietà assoluta sulle acque? La giurisprudenza e la dottrina sono concordi nel ritenere che i diritti dei proprietari debbano essere tuttavia conservati. Le leggi che hanno abolito il feudalismo sono estranee agli atti di *sovranità;* non si tratta, nella specie, di rapporti tra sovrano e vassallo, si tratta dell'esercizio del *potere sovrano,* com'era organizzato sotto l'antico regime. Gli atti di sovranità conservano la loro efficacia fintantochè non siano abrogati per effetto di una nuova legge. Ora, non vi è legge che distrugga i diritti di proprietà conceduti dai nostri antichi sovrani o dai signori nella loro qualità di sovrani feudali. Tale argomento è decisivo per la questione (3).

La Corte di cassazione ammette un'eccezione a questi principii per i molini costruiti dagli antichi signori. Si suppone che

(1) Bruxelles, 8 giugno 1858 (*Pasicrisie,* 1859, 2, 319).
(2) Sentenza di rigetto dell'8 gennaio 1842 (*Pasicrisie,* 1842, 1, 110).
(3) Vedi gli autori citati da Aubry e Rau, t. III, p. 54, nota 39, e la giurisprudenza in Dalloz, alla parola *Servitude,* n. 231 e alla parola *Lois,* n. 91, 2.°

il possesso di questi molini sia rimasto loro fino alla pubblicazione delle leggi che hanno abolito tutti i diritti feudali. La conseguenza di tale abolizione sarà che i proprietari di questi molini non godranno più del diritto esclusivo sulle acque che apparteneva ai signori sui corsi d'acqua non navigabili (1). Infatti, il godimento esclusivo delle acque era uno di quegli abusi feudali che la rivoluzione dell'89 abolì sin nelle loro ultime vestigia. Questa distinzione fra diritti feudali aboliti e diritti di proprietà privata emanati dalla potestà feudale a vantaggio di privati non vassalli, può sembrar sottile, ma nondimeno è giuridica.

La questione della prova offre qualche difficoltà nell'applicazione dei principii consacrati dalla giurisprudenza. Spetta naturalmente a colui che invoca una concessione anteriore all'89 di provare il suo diritto, salvo in seguito ai tribunali l'apprezzare la natura e la portata della concessione, secondo le distinzioni che abbiamo stabilite. Se non vi fosse prova scritta, potrebbe essere invocata la prescrizione trentennale, compiuta prima dell'89: essa dimostrerebbe infatti che vi era una concessione, poichè sotto l'antico regime i rivieraschi non potevano stabilire alcuna officina che in virtù d'una concessione emanata dai signori, sia in qualità di proprietari, sia come l'autorità cui spettava la polizia delle acque (2).

II. — Diritti dei rivieraschi dei corsi d'acqua non navigabili.

a) *Chi è rivierasco?*

271. L'articolo 644 dice che il proprietario il cui fondo *costeggia* un'acqua corrente può servirsene mentre trascorre, e che quello il cui fondo è attraversato da quest'acqua può anche usarne nell'intervallo in cui essa vi trascorre. In entrambi i casi, la legge non accorda diritti sulle acque che al rivierasco. Chi è rivierasco? vale a dire chi ha diritto alle acque? L'articolo 644 risponde esser quegli il cui fondo è costeggiato o attraversato da un'acqua corrente. Tale è il principio stabilito dalla legge stessa; esso ci servirà a decidere le difficoltà che si presentano nell'applicazione dell'art. 644.

Questo non si applica, senz'alcun dubbio, ai proprietari inferiori che sono rivieraschi di un canale artificiale, senza esserlo del fiume da cui le acque vennero derivate; essi non possono domandare che il proprietario del canale trasmetta loro le

---

(1) Sentenza di cassazione del 21 luglio 1834 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 252, 4).

(2) Vedi in questo senso, una lettera del ministro dell'interno, del 1804, riportata da PARDESSUS, t. I, p. 232, n. 95 e le autorità citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 55, nota 40.

acque dopo che se ne è servito, poichè non sono rivieraschi Come la lettera dell'articolo 644, così non trova applicazione al caso lo spirito della legge; poichè se la natura concede le acque a tutti, ciò vuol dire che essa le accorda a coloro i cui fondi sono lambiti dall'acqua; essa non le concede certo ai non rivieraschi, poichè questi si trovano nell'impossibilità naturale di profittarne.

272. Lo stesso accade quando un fondo è separato dal corso d'acqua da una strada pubblica. Non si può dire che questo fondo costeggi un'acqua corrente, e meno ancora che l'acqua attraversi il fondo; non si è dunque nei termini dell'art. 644. Il proprietario non può neppure invocare lo spirito della legge; in qualunque modo lo si consideri, il diritto dei rivieraschi suppone sempre che essi siano contigui. Se si tratta d'una proprietà, il letto sarà l'accessorio del fondo di cui è la continuazione; ora, nella specie, il letto accederebbe alla via pubblica, ed è il proprietario della strada che sarebbe proprietario del corso d'acqua, il che esclude il fondo adiacente alla strada. Se il diritto che l'art. 644 accorda ai rivieraschi è un diritto d'uso, questo diritto appartiene loro in forza degl'inconvenienti e dei pericoli che spesso presenta la vicinanza delle acque: ciò suppone ancora la contiguità (1).

La dottrina è d'accordo con la giurisprudenza. Sovra di un punto vi è però qualche dubbio. Pardessus dice che quegli il cui fondo non è diviso dal corso d'acqua che per mezzo d'una strada pubblica dovrebbe godere il medesimo vantaggio del rivierasco immediato, se l'autorità amministrativa gli permettesse di costruire sotto a questa strada un acquedotto adatto a facilitargli l'uso delle acque. Nella giurisprudenza del Consiglio di Stato si trova l'esempio d'una simile concessione. Il decreto si fonda sulle leggi che attribuiscono al potere amministrativo la facoltà di regolare il regime delle acque in vista dell'utilità generale, e di accordare la autorizzazione di derivarle per i bisogni dell'industria e dell'agricoltura. Senza dubbio il potere amministrativo ha questa facoltà; ma può usarne in favore dei non rivieraschi? Ciò equivale a domandare se è il potere amministrativo o la legge che attribuisce il diritto sulle acque. L'art. 644 risponde alla nostra questione. Ora, la legge non accorda che ai soli rivieraschi il diritto di servirsi delle acque; il potere amministrativo non può estendere questo diritto ai non rivieraschi. Esso verrebbe a togliere con ciò ai rivieraschi quel volume d'acqua che concederebbe ad un proprietario non adiacente; sarebbe in certo senso, un'espropriazione senza indennità ed eseguita in vista di un interesse affatto particolare; il che, in

---

(1) Tolosa, 26 novembre 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 201) e Angers, 28 gennaio 1847 (Dalloz, 1847, 4, 445). Confronta le autorità citate da Dalloz, n. 201.

conclusione, costituirebbe una violazione della proprietà. Affrettiamoci d'aggiungere che tale non è la portata del decreto da noi citato; esso riserva ai rivieraschi la facoltà di far valere i loro diritti in giudizio, se credono che l'accordata autorizzazione cagioni loro un danno. Ma nonostante questa riserva, noi non possiamo accettare la giurisprudenza del Consiglio di Stato. Il diritto dei rivieraschi è una specie di proprietà; esso non riceve limitazione che dall'eguale diritto dei conrivieraschi; fuori di ciò, non appartiene nè al potere amministrativo, nè ai tribanali di modificarlo (1).

273. Un corso d'acqua si apre un nuovo letto abbandonando l'antico; i proprietari rivieraschi del letto abbandonato conserveranno il loro diritto alle acque costruendo un acquedotto? È stato deciso con ragione che non hanno questo diritto. La Corte di cassazione cita l'art. 703, a termini del quale le servitù cessano quando le cose si trovano in tale stato da non poterne più usare (2). Questa disposizione non è applicabile alla specie, poichè il diritto dei rivieraschi non è una servitù; se non è la proprietà assoluta ed esclusiva dell'art. 644, è almeno una specie di proprietà; ora, il proprietario non può avere servitù sulla cosa sua propria. Il motivo di decidere è semplicissimo: coloro che erano rivieraschi del corso d'acqua, non essendolo più, non possono più reclamare nessun diritto come tali; la natura, che loro avea accordato un diritto, lo toglie loro; occorrerebbe una disposizione formale per mantenerli in un godimento che essi perdono col perdere la qualità di rivieraschi.

274. Il fondo rivierasco aumenta o diminuisce; questi mutamenti esercitano un'influenza sul diritto del proprietari? Se il fondo è aumentato con nuovi acquisti, il diritto alle acque si estende in proporzione ai nuovi bisogni? La questione è controversa, ma, a nostro parere, non vi sono seri motivi di dubitare. La legge accorda un diritto ai rivieraschi, senza limitarlo all'estensione che i loro fondi occupano in tale od in tal'altra epoca; ora, se, nel concetto del legislatore, il rivierasco non avesse potuto servirsi delle acque che pel solo fondo da lui posseduto in un dato momento, egli avrebbe dovuto determinare quest'epoca, altrimenti, come dice Daviel, bisognerebbe rimontare fino al diluvio. A vero dire, la legge non poteva tenere conto di questi mutamenti, poichè essa non attribuisce un diritto ai proprietari in rapporto all'estensione dei fondi, ma unicamente in quello dell'ubicazione di questi. Vi hanno tuttavia eccellenti ingegni i quali pensano che la quantità di acqua primitivamente attribuita ad un rivierasco non possa aumentarsi in pregiudizio degli altri (3). Se si domandasse a Ducaurroy quale

---

(1) Decreto del 1.° settembre 1858 (Dalloz, 1859, 3, 41). Pardessus, t. I, p. 261, n. 105. In senso contrario, Demolombe, t. XI, p. 171, n. 139.

(2) Sentenza di rigetto dell'11 febbraio 1813 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 209).

(3) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 182, n. 271.

è quest'epoca *primitiva?* Occorrerebbe evidentemente un testo per determinarla. Proudhon porge un motivo in apparenza giuridico: la servitù d'uso, egli dice, la quale non è stabilita che per un fondo, non può essere estesa ad altri (1). Perchè l'argomento avesse qualche valore, bisognerebbe anzitutto dimostrare che il diritto dei rivieraschi è un diritto di servitù. Ciò non basterebbe; bisognerebbe ancora provare per qual fondo è stata costituita, il che ci riconduce alla difficoltà capitale dell'epoca cui si dovrebbe risalire. Sol perchè la legge non fissa epoca, bisogna decidere che non ve n'ha, il che ritorna a dire che in caso di contestazione tra i rivieraschi sul volume di acqua che ciascuno di essi ha il diritto di prendere, bisogna considerare lo stato delle proprietà confinanti al momento del litigio (2). La giurisprudenza si è determinata in questo senso (3).

275. La questione diviene dubbia quando un fondo rivierasco è frazionato, sia per conseguenza di vendita, sia per effetto di una divisione. Quello dei proprietari che non è più rivierasco conserva il diritto alle acque? Se il contratto che ha diviso il fondo serba il silenzio sull'uso dell'acqua, è certo che il non rivierasco non lo ha più, sol perchè non è più tale. Su questo punto tutti sembrano d'accordo. Ebbene, ciò è decisivo, ci sembra, anche pel caso in cui una clausola espressa riservasse il diritto alle acque a chi cessa di essere rivierasco. Questa clausola può attribuire un diritto a chi non è rivierasco? Noi abbiamo contestato questo potere allo Stato (n. 272); per i medesimi motivi, lo contestiamo ai rivieraschi. Invano si dice che le convenzioni debbono avere il loro effetto tra le parti. Si, quando le parti dispongono di un diritto che loro appartiene; ma, nella specie, il diritto di usare delle acque è dalla legge limitato ai rivieraschi; donde segue che questi possono opporsi a che un non rivierasco eserciti un diritto che la legge non gli accorda. Disponendo dunque del diritto alle acque, le parti contraenti dispongono di un diritto che è comune a tutti i rivieraschi, per conseguenza di un diritto che non appartiene loro: il che decide la questione. Si obbietta che la condizione degli altri rivieraschi non può essere migliorata per la divisione di un fondo che godeva in tutte le sue parti dei diritti conferiti dall'art. 644. Noi comprenderemmo l'obbiezione in bocca a coloro i quali insegnano che l'aumento di un fondo rivierasco non accresce il il diritto del proprietario, poichè il diritto degli altri rivieraschi ne sarebbe diminuito; ma se si ammette che la condizione dei rivieraschi può essere deteriorata dall'aumento che riceve un fondo rivierasco, bisogna, per essere conseguenti, ammettere altresì che la loro condizione può essere migliorata dalla di-

---

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n. 1426.
(2) Aubry e Rau, t. III, p. 47, e nota 10, e gli autori che vi sono citati.
(3) Limoges, 9 agosto 1839 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 210).

minuzione dei fondi rivieraschi. È l'applicazione del principio che il giudice regola i diritti dei rivieraschi secondo lo stato delle proprietà al momento del litigio (1).

Vi è una sentenza della Corte di Besançon in favore dell'opinione contraria. Ma la Corte di cassazione, rigettando il ricorso, ha preso cura di constatare che la sentenza la quale ordinava una perizia non aveva per obbietto che d'illuminare la Corte. per ciò, nulla contenendo di definitivo, non poteva violare l'articolo 644 (2). La sentenza della Corte di cassazione lascia dunque la questione impregiudicata, e per conseguenza quella della Corte di Besançon perde della sua autorità.

b) *Diritto del rivierasco quando l'acqua costeggia il suo fondo.*

276. L'art. 645 prescrive che quegli la cui proprietà costeggia un'acqua corrente può servirsene *al suo passaggio*. Come s'interpreteranno queste ultime parole? Ecco la difficoltà: le ripe del corso d'acqua sono sempre più elevate del corso d'acqua stesso; può darsi che siano talmente erte, che riesca impossibile derivare le acque dal fiume per irrigare il fondo. Si domanda se il rivierasco può prendere le acque al disopra del fiume; ciò suppone che egli abbia il diritto di costruire sul fondo superiore un acquedotto che conduca le acque nel fondo inferiore. Egli può acquistare questo diritto comprando una parte della ripa sufficiente per farvi i lavori necessari. È stato deciso che in queste circostanze il rivierasco non aveva il diritto di derivare le acque. La Corte invoca il testo dell'art. 644; è al *passaggio* delle acque che il rivierasco può servirsene, il che significa che egli non ha questo diritto se non al momento in cui le acque passano innanzi al suo fondo; donde segue che l'acquedotto deve praticarsi sul fondo stesso che trae profitto delle acque. Ecco ciò che può dirsi una interpretazione giudaica; gli è attaccarsi alla lettera della legge per violarne lo spirito. Se il testo della legge fosse formale, noi l'accetteremmo, poichè, a nostro parere, lo spirito della legge è nel suo testo; ma, nella specie, che dice il codice? Che il rivierasco ha diritto di ser-

---

(1) Vedi le diverse opinioni degli autori in Aubry e Rau, t. III, p. 48, nota 11, e in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 212. Duranton confessa che non si è più nei termini della legge, il che è decisivo. Egli aggiunge però che con ciò si segue lo spirito della legge, poichè esso tende sempre alla conservazione dei diritti acquisiti (t. V, p. 217, n. 235). Rispondiamo che non vi è diritto acquisito in materia di corso d'acqua, tutto dipendendo dai mutamenti che intervengono nel corso delle acque e nei fondi rivieraschi. D'altronde il vero spirito della legge è nel suo testo quando esso è chiaro e formale.

(2) Besançon, 4 luglio 1840, e sentenza di rigetto del 9 gennaio 1843 (Dalloz, alla parola *Iugements d'avant-dire-droit*, n. 24, 20).

virsi delle acque al loro passaggio; è appunto ciò ch'egli fa, poichè prende le acque al momento in cui passano innanzi al fondo superiore che gli appartiene. Che importa, dopo ciò, ove egli conduca le acque, se in un fondo inferiore, che è ugualmente rivierasco, o nel fondo superiore? Forse che la legge richiede che il rivierasco usi delle acque in uno anzichè in un altro luogo, all'insù piuttosto che all'ingiù? Tutto ciò che essa vuole, è che solo i fondi rivieraschi profittino delle acque, poichè è a questi che la natura le largisce. Non ne fa essa dono, per avventura, anche ai fondi che stanno ad un livello diverso da quello del corso d'acqua? Le acque non passano forse innanzi a questi fondi, come dinanzi agli altri? La Corte di cassazione si è pronunziata in questo senso, e tale è altresì l'opinione degli autori (1).

Che bisogna decidere se il rivierasco il quale, in causa dello scoscendimento della ripa, non può prendere le acque al momento in cui passano innanzi al suo fondo, le deriva sovra un fondo superiore col permesso del proprietario rivierasco? La Corte di cassazione ha mantenuto, anche in questo caso, il diritto del rivierasco inferiore; è vero che non si può dire più che il rivierasco prende le acque sovra un punto in cui egli ha tale qualità, ma è pur vero che egli non si giova delle acque in questo stesso punto; egli non fa che derivarle per l'uso dei fondi di cui è proprietario rivierasco all'ingiù del corso d'acqua; che importa, ancora una volta, il luogo in cui si fanno i lavori? Ciò che v'ha di essenziale è che soltanto le proprietà rivierasche profittino delle acque. La Corte dice benissimo che l'art. 644 conferisce un diritto ai rivieraschi, ma non ne regola il modo di esercizio; donde segue che non si può pretendere che il rivierasco faccia i lavori necessari piuttosto sopra un punto della riva che sopra un altro; il che equivarrebbe ad introdurre nella legge una condizione contraddetta tanto dal suo testo quanto dal suo spirito (2).

277. L'articolo 644 dice che quegli la cui proprietà è costeggiata da un'acqua corrente può servirsene mentre trascorre. Questo diritto appartiene dunque a tutti i rivieraschi ed a ugual titolo, non facendo la legge alcuna distinzione tra i fondi superiori ed i fondi inferiori. Qual'è il carattere di questo diritto ed a quali condizioni è esso uguale? Dal momento ch'è questione di precisare i diritti dei rivieraschi, ricomparisce il dissenso che in questa materia scinde gli autori. Coloro che riconoscono ai rivieraschi la proprietà dei corsi d'acqua non navigabili dicono che essi sono comproprietari, e paragonano la loro con-

(1) Sentenza di Aix del 30 giugno 1845 (DALLOZ, 1846, 2, 1) cassata dalla sentenza del 14 marzo 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 108). Confronta DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 214.

(2) Sentenza di rigetto del 21 novembre 1864 (DALLOZ, 1865, 1, 174).

dizione a quella dei comproprietari di un muro comune. Gli altri rigettano l'idea di comproprietà, ma in conclusione riescono allo stesso risultato, poichè ammettono un diritto di godimento comune ed indiviso sul corso d'acqua (1). Indiviso, è dir troppo, poichè ciascun rivierasco prende una parte dell'acqua, e se vi è fra di essi contestazione, ne fanno la divisione i tribunali. Ma in forza di quale principio? Essi hanno tutti un egual titolo; si sarebbe dunque portati a decidere che il loro diritto dev'essere regolato secondo la stretta legge dell'uguaglianza, vale a dire secondo l'estensione dei loro fondi. Ma vi sono pure altri elementi di cui bisogna tener conto: il modo di coltivazione, la natura del suolo, il genere d'esercizio. É impossibile stabilire una regola assoluta ed una eguaglianza matematica: ecco perchè la legge si è rimessa alla saggezza dei tribunali, come diremo in appresso. Tutti sono d'accordo su questo punto; la questione di proprietà è indifferente in questa discussione, poichè coloro che ammettono la proprietà delle acque a vantaggio dei rivieraschi riconoscono ch'è una proprietà limitata (2).

278. Il principio è incontestabile in quanto concerne i conrivieraschi; è evidente che il diritto dell'uno, sia comproprietà o godimento comune, limita il diritto dell'altro. Ma è lo stesso riguardo ai rivieraschi inferiori? Uno dei nostri più valenti autori risponde che in questo caso essendo i rivieraschi chiamati l'uno dopo l'altro, successivamente, il diritto attuale del rivierasco superiore vince il diritto eventuale del rivierasco inferiore, nel senso che il primo può esercitare il suo diritto in tutta la sua pienezza, e che solamente dopo che egli avrà usato del suo diritto i proprietari inferiori saranno chiamati a servirsi delle acque. Noi crediamo che il principio così formulato non sia ammissibile, poichè sostituisce il privilegio all'eguaglianza. Demante stesso modifica, nell'applicazione, il suo principio a tal segno, che nulla più ne rimane; egli confessa che lo spirito della legge vuole che non si faccia completamente astrazione dall'interesse dei fondi inferiori. Donde il potere di conciliazione accordato ai tribunali dall'art. 645 (3). Noi crediamo che si debba conservare l'uguaglianza riguardo ai rivieraschi inferiori; egli è secondo questa regola che i tribunali dovranno conciliare i vari interessi, senza che possano sacrificare i diritti dei rivieraschi inferiori a quello dei rivieraschi superiori, che è uguale. Nell'opinione che abbiamo insegnata sulla proprietà dei corsi d'acqua non navigabili, ciò è evidente; proprietario al medesimo titolo, il rivierasco superiore non ha

---

(1) Vedi i diversi pareri in DEMOLOMBE, t. X, p. 174, n. 143.
(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 174, n. 143. DURANTON, t. V, p. 204, n. 214. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 181, n. 271.
(3) DEMANTE, t. II, p. 589, n. 495 *bis* V. Confronta, DURANTON, t. V, p. 205, n. 218.

maggior diritto dell'altro, quantunque le acque passino anzitutto avanti al suo fondo. Se non si riconosce loro che un semplice diritto d'uso, che trae il suo principio da una concessione della legge, tutto dipende dai testi e dalla loro interpretazione. L'articolo 644 non distingue tra il conrivierasco ed il rivierasco inferiore: e lo spirito della legge respinge qualunque distinzione, poichè il legislatore non ha alcun motivo per favorire uno dei rivieraschi a spese dell'altro. Bisogna dunque applicare il vecchio adagio che proibisce all'interprete di distinguere là dove non distingue la legge.

279. Una prima conseguenza scaturisce da questo principio, cioè che il rivierasco la cui proprietà è costeggiata dal torrente non può deviare il corso dell'acqua; perchè toglierebbe affatto al conrivierasco il suo diritto. Ciò basta per decidere la questione. Il secondo alinea riconosce un tal diritto a quegli il cui fondo è attraversato dall'acqua, il che implica che il rivierasco unilaterale non lo ha. Gli è forse per indicare questa differenza che la legge dice che il proprietario il quale possiede soltanto una delle ripe può servirsi dell'acqua *al suo passaggio* (1). La cosa è, del resto, così evidente, che ci sembra inutile di insistervi.

280. Noi crediamo che dal medesimo principio si debba dedurre che il rivierasco non può servirsi delle acque se non per l'uso delle sue proprietà che ne fronteggiano il corso. Se, oltre il fondo rivierasco, egli possiede fondi non rivieraschi, non può condurre le acque attraverso i terreni intermedi sino ai fondi più lontani che non costeggiano l'acqua corrente. Infatti, non è ai proprietari che la natura largisce il beneficio delle acque; essa non conosce proprietari; l'acqua deve profittare ai fondi che la costeggiano. Che importa che un fondo più lontano appartenga ad un rivierasco? Forse che questa circostanza accidentale attribuirà al fondo la qualità di fronteggiante? Dove sarebbe la ragione di conferire il beneficio dell'irrigazione al tal fondo non rivierasco, poichè appartiene ad un proprietario rivierasco, allorchè lo si ricusa al tal'altro fondo contiguo, poichè appartiene ad un non rivierasco? Chi possiede due fondi, l'uno rivierasco, l'altro no, ha in sè due qualità: come rivierasco, può invocare il beneficio dell'articolo 644; come non rivierasco, non può reclamare nè un diritto di proprietà sulle acque nè un diritto d'uso, poichè la proprietà o l'uso non possono appartenere che ai rivieraschi. L'opinione contraria non tiene alcun conto dei rivieraschi inferiori; più si estendono i diritti dei proprietari superiori, più si restringono quelli dei proprietari inferiori. Ciò ch'era un diritto eguale diverrà un privilegio, vale a dire che si viola il principio fondamentale in

---

(1) AUBRY e RAU, t. III, p. 49, nota 67. DEMOLOMBE, t. XI, p. 174, n. 144.

questa materia. Si obbiettano i termini dell'articolo 644: la legge dice che il rivierasco può servirsi dell'acqua al suo passaggio per la irrigazione delle *sue proprietà.* La legge è generale, si dice, non vi è dunque luogo a distinguere. Ma l'ultima parte dell'articolo non dev'essere separata dalla prima. Chi ha diritto alle acque? e sotto quale condizione? L'articolo 644 risponde: « Quegli la cui proprietà costeggia un'acqua corrente » Ecco la condizione; essa è in armonia colla legge della natura e collo spirito del codice. È la proprietà rivierasca che si prolunga sino al letto del corso d'acqua, è dessa che trovasi esposta a soffrire l'azione delle acque, è dunque essa soltanto che deve profittare dei benefici (1).

281. Tale è il sistema del codice civile. Diremo più innanzi se le nuove leggi emanate per favorire l'irrigazione, abbiano consacrata l'opinione contraria. Anche sotto l'impero del codice Napoleone, bisogna ammettere una restrizione alla dottrina che abbiamo esposta. Il proprietario può servirsi delle acque per la irrigazione di tutti i fondi i quali non formano che un solo e medesimo dominio rivierasco; di guisachè se egli possiede, senza interruzione di continuità, una prateria lungo la ripa, indi una terra destinata a coltivo e poscia una prateria artificiale, avrà diritto di praticare dei rigagnoli attraverso il suo terreno da semina per condurre l'acqua nella prateria artificiale, poichè la medesima forma parte di un dominio rivierasco (2). È in questo senso generale che la legge dice che il rivierasco può servirsi delle acque per la irrigazione delle *sue proprietà.* La Corte di cassazione ha deciso così in una specie in cui la configurazione del terreno dava luogo a qualche dubbio. Essa stabilisce il principio che l'articolo 644 accorda la facoltà d'irrigazione non solamente per i terreni che toccano immediatamente il corso d'acqua, ma altresì per tutte le proprietà contigue appartenenti al medesimo padrone. Si trattava di sapere se questa massima fosse applicabile al caso in cui un fondo, faciente parte del medesimo dominio col fondo rivierasco, ne fosse separato da una siepe. La siepe, appartenente al medesimo proprietario, non impediva realmente la contiguità, poichè i fondi, quantunque separati dalla siepe, non formavano meno un solo e medesimo tenimento (3). Per la stessa ragione, bisogna decidere che, per quanto sia angusto il fondo rivierasco propriamente detto e per quanto sia estesa la proprietà contigua, il rivierasco può usare del diritto che gli accorda l'articolo 644, salvo ai proprietari inferiori di chiedere un giudiziale regolamento, se tro-

---

(1) Vedi le diverse opinioni in Demolombe, t. XI, p. 79, nn. 148 e 149; Aubry e Rau, t. III, p. 49 e nota 18; Duranton, t. V, p. 213, n. 231.
(2) Demolombe, t. XI, p. 178, n. 147.
(3) Sentenza di rigetto del 24 gennaio 1865 (Dalloz, 1865, 1, 179).

vano che il proprietario superiore assorbe una troppo grande quantità d'acqua (1).

282. Quest'ultimo punto dà spesso luogo a contestazioni tra i rivieraschi. Qual'è il volume d'acqua che ciascuno può prendere nel dominio comune? Risulta dal principio, che noi abbiamo formulato, che il rivierasco superiore non può far sua tutta l'acqua, anche quando potesse sostenere che tutta gli è necessaria per i bisogni della sua proprietà. Ciò non presenta alcun dubbio quando si tratta di un fondo che costeggia soltanto un'acqua corrente. Il proprietario di questo fondo non ha un diritto assoluto sulle acque, egli può servirsene, dice l'art. 644, per la irrigazione delle sue proprietà; ma servirsi delle acque non vuol dire assorbirle. La giurisprudenza è in questo senso. Senza dubbio se egli se ne serve per l'irrigazione, una parte delle acque sarà assorbita dal fondo irrigato; ma potrà egli prendere tutta l'acqua che i bisogni del fondo reclamano? Qui l'abuso e il diritto si toccano molto da vicino; impadronirsi di tutte le acque sotto il pretesto della necessità sarebbe rendere illusorio il diritto del rivierasco inferiore, come dice benissimo la Corte di Lione. È precisamente per conciliare i diversi diritti che sono fra loro in conflitto che il codice attribuisce ai tribunali un potere discrezionale (2). Il giudice stesso potrebbe essere tentato di favorire oltre misura il rivierasco superiore. Si legge in una sentenza che i proprietari inferiori non hanno il diritto di godere delle acque se non quando i rivieraschi superiori siano *soddisfatti*. Sul ricorso prodotto contro questa decisione, la Corte di cassazione rilevò come questa espressione fosse esagerata; nondimeno essa confermò il giudicato, poichè era sufficientemente giustificato dai fatti come li constatava la Corte di appello. Invero, la sentenza stabiliva che non poteva rimproverarsi abuso alcuno al proprietario superiore, e che i rivieraschi inferiori non avevano sofferto alcun danno (3).

283. A qual'uso possono i rivieraschi destinare le acque? L'articolo 644 dice che possono servirsene per la irrigazione delle loro proprietà. Stando alla lettera della legge, bisognerebbe conchiudere ch'essa escluda qualunque uso delle acque diverso dall'irrigazione, vale a dire che protegga esclusivamente gl'interessi dell'agricoltura. Vi sono autori che ammettono quest'interpretazione restrittiva, ma Hennequin è il solo che osi andare fino all'estremo. « L'irrigazione, egli dice, è la vita delle speculazioni agricole; le acque non debbono esaurirsi in usi domestici ». Egli è dunque d'opinione che le acque non potrebbero essere adoperate nè come forza motrice, nè come ab-

(1) Liegi, 19 gennaio 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 169).
(2) Lione, 15 novembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 158).
(3) Montpellier, 17 novembre 1856 e sentenza di rigetto del 25 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 86).

bellimento, nè come mezzo di alimentare fontane o di abbeverare animali; che l'irrigazione è la sola destinazione che ad esse sia permesso di dare. La maggior parte degli autori s'arresta dinnanzi alle conseguenze di un principio così assoluto; ciò significa che essi lo abbandonano. Quanto agli usi domestici, tutti li accordano ai rivieraschi, il che già li mette fuori la lettera della legge; la maggior parte concede altresì l'uso per abbellimento e, almeno in una certa misura, l'applicazione delle acque ai bisogni dell'industria. Noi crediamo che bisogna spingersi più decisamente in questo sistema d'interpretazione, e decidere che qualunque uso è permesso ai rivieraschi e che la legge non esclude che l'abuso. È vero che il testo non parla che delle irrigazioni, ma ciò non decide la questione; bisogna vedere se i termini sono restrittivi; ora, essi evidentemente non lo sono, e lo spirito della legge impone l'interpretazione estensiva. Il legislatore non ha fatto che consacrare il voto della natura, e la natura non è esclusiva, essa offre i suoi doni all'uomo perchè egli ne faccia il più largo impiego; l'acqua è tanto una forza motrice quanto un mezzo d'irrigazione; essa serve così ad abbellire i fondi come a fertilizzarli. Se il codice non parla che dell'irrigazione, egli è perchè ordinariamente la legge non prevede che fatti usuali; ora, abitualmente, l'acqua serve all'irrigazione. Ma ciò che prova che il legislatore non si è preoccupato esclusivamente degl'interessi dell'agricoltura, è che nell'articolo 645, il quale fa seguito all'articolo 644, prevedendo il conflitto che potrebbe insorgere fra i diversi interessi, decide che il giudice deve conciliare « l'interesse dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà ». Ciò implica, come abbiamo detto altrove, che i rivieraschi sono proprietari dei corsi d'acqua non navigabili. In quest'opinione, non può rimanere il minimo dubbio sul diritto che hanno di servirsene ad ogni specie di uso, salvo a non abusare del loro diritto assorbendo le acque. Di che i rivieraschi inferiori si dorrebbero, se il rivierasco superiore si serve delle acque per la sua industria, invece che per l'irrigazione dei suoi fondi? Purchè egli ne faccia un uso moderato, poco importa la destinazione che ad esse dà. Vi è di più, come dice benissimo la Corte di Besançon, l'industria si limita ordinariamente ad impiegare l'acqua come forza motrice, restituendola in seguito al suo corso naturale, mentre l'agricoltura ne assorbe una parte notevole che rimane nei terreni (1).

283 *bis.* Nessuno può servirsi delle acque, sia per la irrigazione, sia per l'industria, senza praticare qualche genere di opere, canali, rigagnoli, sbarre ed altri; si domanda se i rivie-

---

(1) Besançon, 10 febbraio 1864 (Dalloz, 1864, 2, 36). Vedi *ibid.*, in nota le diverse opinioni degli autori. Confronta Demolombe, t. XI, p. 193, nn. 155 e 160; Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 215. Aubry e Rau, t. III, p. 50, e note 19 e 20.

raschi hanno diritto di farle. La questione può essere appena ennunciata. Chi vuole il fine deve volere i mezzi. La sola difficoltà sta nel sapere se al rivierasco occorra una autorizzazione del potere amministrativo. È stato deciso che il rivierasco non può, ancorchè sia proprietario delle due ripe, costruire una sbarra senza autorizzazione. Nella specie, vi era un regolamento locale (1), e l'articolo 645 vuole che i regolamenti locali siano osservati. Che bisogna decidere se non vi è regolamento? In teoria, si potrebbe rispondere che la legge riconoscendo ai rivieraschi una specie di proprietà od almeno un diritto di godimento, attribuisce loro per ciò appunto la facoltà di fare tutto ciò che è necessario per l'esercizio di questo diritto (2). Noi diremo in appresso che nella pratica è richiesta un'autorizzazione (n. 295). Altra è la questione di sapere se colui il quale non è proprietario che di una ripa possa appoggiare delle sbarre sulla ripa opposta. La questione era controversa sotto l'impero del codice civile, ma è stata tolta di mezzo dalle nuove leggi sull'irrigazione. Secondo i principî generali, bisogna decidere, senza esitare, che il rivierasco non ha la servitù di appoggio, poichè questa è una vera servitù, e non vi può essere servitù legale che in virtù di un testo ben preciso (noi supponiamo naturalmente che non vi sia servitù derivante dal fatto dell'uomo). La mancanza di ogni titolo costitutivo di una servitù decide la questione (3). Similmente il rivierasco può fare la sua presa d'acqua sul fondo superiore, praticandovi dei rigagnoli col consenso del proprietario (4). Dal momento che il diritto alle acque esiste, il rivierasco può impiegare tutti i mezzi per metterlo a profitto.

284. Si vede che i diritti di colui il quale non possiede che una ripa non sono così estesi quanto quelli di colui che le possiede entrambe. Questi può fare tutti i lavori che giudica opportuni e deviare anche l'acqua, salvo a restituirla, mentre esce dai suoi fondi, al suo corso ordinario. I proprietari delle due ripe non potrebbero intendersi fra loro e disporre di comune accordo del corso d'acqua, come se traversasse un fondo unico? È stata decisa l'affermativa (5), e noi non vi vediamo alcuna ragione di dubbio. Nella opinione che abbiamo insegnata sulla proprietà dei corsi d'acqua, la questione può appena insorgere; se, come noi crediamo, i rivieraschi sono proprietari, s'intende da sè che possono servirsi della loro proprietà

(1) Sentenza di Cassazione della sezione criminale del 15 novembre 1838 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 381, 3.°).

(2) DEMOLOMBE, t. V, p. 213, n. 172. Confronta DURANTON, t. V, p. 201, n. 209, AUBRY e RAU, t III, p. 50, nota 20.

(3) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 50, e note 21 e 22, e da DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 198

(4) Sentenza di rigetto del 21 novembre 1864 (DALLOZ, 1865, 1, 174).

(5) Besançon, 24 maggio 1828 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 228).

come credono, salvo a rispettare i diritti dei rivieraschi inferiori; e che importa a costoro in qual modo i rivieraschi superiori usino del loro diritto, purchè non usurpino sull'egual diritto che loro appartiene?

285. Demante osserva che il testo stabilisce una differenza fra il proprietario delle due ripe e quello che ne possiede una sola; il primo deve restituire al loro corso ordinario le acque di cui non si è servito, mentre l'articolo 644 non impone quest'obbligo al secondo. Si dovrà conchiudere da ciò che il proprietario, il quale si è servito delle acque per la irrigazione dei suoi fondi, potrà disporre come crede delle acque che gli rimangono? Può egli concederle, per esempio, ad altri proprietari? No, certamente; Demante stesso aggiunge sembrargli giusto che il residuo delle acque sia restituito al loro corso naturale. Bisogna dunque dire che questa pretesa differenza non esiste. E, difatti, non avrebbe ragione di essere; per meglio dire sarebbe in opposizione col principio consacrato dalla legge. Il codice, sotto taluni rapporti, attribuisce diritti più estesi al proprietario delle due ripe che al proprietario d'una sola di esse; se il primo dunque deve restituire le acque di cui non si serve, a miglior ragione lo dovrà l'altro. Se la legge non lo dice, è perchè di regola il rivierasco non deve prendere che la quantità d'acqua che gli è necessaria; non gli rimarrà dunque alcuna eccedenza. Può darsi altresì che per le speciali circostanze del terreno, non gli sia possibile restituire al loro corso ordinario le acque sovrabbondanti. Queste rimarranno, in tal caso, acque perdute per i rivieraschi inferiori, il che è per essi un pregiudizio e per conseguenza un attentato ai loro diritti. Si dirà dunque che il rivierasco non abbia facoltà di servirsi delle acque quando non può restituirle al loro corso ordinario? Ciò varrebbe sacrificare i diritti del rivierasco superiore. Vi è un mezzo ben semplice per risolvere questo conflitto, quello cioè di regolare il volume d'acqua che il rivierasco è autorizzato a prendere, di guisa che non abbia che l'acqua strettamente necessaria, lasciando nel torrente una quantità equivalente a quella che, in condizioni ordinarie, vi dovrebbe restituire dopo l'irrigazione (1).

c) *Diritti del proprietario il cui fondo è attraversato dall'acqua.*

286. A termini dell'articolo 644, « quegli il cui fondo è attraversato da un'acqua corrente, può *anche* usarne nell'intervallo, in cui essa vi trascorre, ma coll'obbligo di restituirla al

---

(1) Metz, 5 giugno 1866 (Dalloz, 1866, 2, 124). Demante, t. II, p. 580, n. 495 *bis* IV. Aubry e Rau, t. III, p. 50, e note 24 e 25. Demolombe, t. XI, p. 191, n. 155.

suo corso ordinario nell'uscire dai suoi terreni ». La parola *anche* di cui la legge si serve indica che essa vuole stabilire una differenza tra il proprietario che possiede le due ripe e chi non ne possiede che una. Tuttavia l'espressione *usare* che si trova nel secondo alinea ha il medesimo senso che l'espressione *servirsene* che trovasi nel primo. Donde Proudhon conclude che i diritti dei rivieraschi sono i medesimi, nel senso che non possono servirsi delle acque che per la irrigazione delle loro proprietà, ancorchè possedessero le due ripe (1). Noi diciamo altresì che i loro diritti sono i medesimi in quanto concerne l'uso che possono fare delle acque; ma siccome, a nostro parere i rivieraschi i quali posseggono una sola ripa possono adoperare le acque per qualunque specie d'uso, a miglior ragione questa facoltà deve appartenere a coloro che posseggono entrambe le ripe. È certo infatti che, nel pensiero del legislatore, questi ultimi godono diritti più estesi. Il progetto sottoposto al Consiglio di Stato portava che « quegli il cui fondo è attraversato da un corso d'acqua può anche, nell'intervallo da essa percorso, usarne *a sua volontà* ». All'epoca della discussione, Cambacérès criticò questa espressione; egli voleva che il godimento del proprietario superiore fosse regolato in modo da non nuocere al godimento del proprietario inferiore. In conseguenza di queste osservazioni, le parole *a sua volontà* furono soppresse. Ne risultò che la redazione lascia certamente a desiderare, ma l'intenzione del legislatore non è dubbia; la parola *anche*, che è stata conservata, lo dimostra. Il dubbio dunque che esiste pel rivierasco unilaterale, in quanto concerne gli usi industriali, non può essere opposto al proprietario di entrambe le ripe, poichè nulla nel testo limita il modo del suo uso. Tale è, del resto, l'opinione generalmente seguita (2).

287. Il proprietario delle due ripe può deviare il corso d'acqua nell'intervallo in cui essa trascorre attraversando il suo fondo. Ciò risulta dal testo dell'articolo 644, poichè questo obbliga il proprietario a restituire le acque al loro corso ordinario, al momento in cui escono dai suoi fondi. La massima ha pure, del resto, un fondamento razionale. Chi possiede le due ripe non deve preoccuparsi dei diritti d'un conrivierasco; egli deve solamente rispettare i diritti dei rivieraschi inferiori. Ora che importa a costoro qual sia il corso del torrente nel fondo superiore, purchè l'acqua conservi il suo *corso ordinario*? (3) Che bisogna intendere per *corso ordinario?* Il più delle volte sarà il corso che la natura, vale a dire la pendenza e le sinuosità del terreno hanno dato al torrente. Tuttavia è da notare

---

(1) PROUDHON, *Du domaine public*, t. IV, n. 1427.
(2) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 48, nota 12.
(3) DEMOLOMBE, t. XI, p. 209, n. 167.

che la legge non parla del corso *naturale*. Può, infatti, accadere che il corso *ordinario* non sia quello dalla natura impresso alle acque. Supponiamo che, da tempo immemorabile, i rivieraschi abbiano deviato il corso d'acqua; il corso fatto dalla mano dell'uomo sarà divenuto quello ordinario; ed è questo corso, quantunque artificiale, che dovrà essere rispettato dal proprietario il cui fondo viene attraversato dal torrente. Così è stato deciso dalla Corte di cassazione (1).

288. Il diritto di deviare le acque è il solo privilegio di cui gode il proprietario delle due ripe. Si pretende, è vero, che la natura attribuisca al proprietario superiore una preferenza, nel senso che, essendo chiamato a godere delle acque prima dei rivieraschi inferiori, e non trovandosi il suo diritto limitato da un conrivierasco, egli può usare delle acque senza essere menomamente impedito dal diritto de' rivieraschi inferiori, non avendo costoro che un diritto eventuale su ciò che eccederà i diritti dei primi. Il principio così formulato, non è ammissibile. Notiamo anzitutto che si applicherebbe anche al proprietario di una sola ripa, nei suoi rapporti con i rivieraschi inferiori, di guisa che costoro sarebbero, in tutti i casi in balìa del proprietario superiore. Che diverrebbe allora il principio di eguaglianza che domina questa materia? Si muterebbe in privilegio a profitto di un solo ed a spese di tutti gli altri. Nulla dunque nel testo giustifica questa interpretazione, ed essa è in opposizione con la tradizione e colla volontà del legislatore. Nell'antico diritto, le decisioni dei parlamenti proibirono ai rivieraschi superiori di assorbire le acque in pregiudizio dei proprietari inferiori. e gli autori insegnavano ciò che ci insegna la natura, che, cioè, il corso d'acqua non appartiene ad un sol rivierasco, ma a tutti i fondi che percorre e che irriga. Noi abbiamo detto testè che il progetto il quale attribuiva al rivierasco superiore, quando possedesse le due ripe, un diritto quasi assoluto sulle acque, fu modificato precisamente per tutelare i diritti dei proprietarii inferiori. Infine, l'articolo 645 depone contro qualunque privilegio in questa materia; la legge vuole che i diversi interessi siano conciliati, e non sacrificati al proprietario superiore. Di fronte a questo potere discrezionale dei tribunali è inutile insistere (2). Vediamo soltanto qual uso i tribunali abbiano fatto del diritto di conciliazione che la legge loro accorda.

289. Vi sono sentenze che prendono decisamente partito pel rivierasco superiore; fondandosi sull'articolo 644, che attribuisce al proprietario delle due ripe il diritto d'*usare* delle acque senza limitare quest'uso, decidono che le può adoperare a *tutti i suoi bisogni*, e l'obbligo di restituire le acque al loro corso ordinario

(1) Sentenza di rigetto del 20 febbraio 1859 (DALLOZ, alla parola *Action possessoire*, n. 393).
(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 49, e note 14 e 15. DEMOLOMBE, t. XI, p. 206. n. 166.

non può intendersi che di ciò che rimane dopo *soddisfatti i suoi bisogni*. La Corte di Bourges confessa che da ciò può risultare, sovratutto in tempo di siccità, che le acque siano interamente assorbite dal proprietario superiore; ma, essa dice, questo inconveniente è inseparabile dall'uso medesimo (1). Simili sentenze non hanno alcun valore dottrinale; appena può dirsi che sono motivate; esse si limitano a dichiarare che tale è il senso della legge. È questa una affermazione gratuita, la quale non tiene alcun conto della tradizione nè della discussione, e neppure del testo dell'articolo 645. La Corte di Parigi, pure affermando che il proprietario il cui fondo è attraversato dall'acqua ha diritto d'impiegarla e di *assorbirla* per l'irrigazione, ammette una restrizione in virtù dell'articolo 645, il quale, in caso di contestazione tra i rivieraschi attribuisce ai tribunali un potere di conciliazione, potere che l'autorità amministrativa esercita del pari (2). Questa restrizione distrugge il preteso principio, poichè ove si fa luogo a conciliazione non può essere più questione di un diritto assoluto. È un passo fatto verso l'opinione contraria, che prevale decisamente nella giurisprudenza.

Tuttavia nell'opinione generale rimangono molte esitanze. La Corte di Angers proclama il vero principio, quello dell'egual diritto di tutti i rivieraschi a profittare delle acque, ma non lo motiva (3). Una sentenza della Corte di Caen penetra a fondo la difficoltà, attaccandosi alla natura dell'*acqua corrente*. Perchè la chiama così? Non è egli perchè tutti i rivieraschi sono successivamente chiamati a profittare dei suoi benefici? Ebbene, che dice l'articolo 644? Che il proprietario delle due ripe, dopo aver usato dell'acqua deve restituirla al suo corso ordinario mentre esce dai suoi terreni. Forse che assorbendola la si restituisce al suo corso? Il testo vuole dunque che il proprietario rispetti la natura e la destinazione dell'acqua corrente. Nulla di più esatto; ma la corte fa una restrizione, sembrando che consideri l'irrigazione come un diritto assoluto posto al disopra di ogni controversia; donde risulterebbe che il proprietario superiore può prendere tutta l'acqua per irrigare i suoi fondi, ancorchè nulla dovesse rimanere al proprietario inferiore. Che diviene allora la natura dell'*acqua corrente?* E che si fa dell'articolo 645 il quale, lungi dal mettere la irrigazione al disopra di qualunque contestazione, suppone appunto che vi sia controversia e conflitto tra l'interesse dell'agricoltura ed i vari interessi che fa nascere la proprietà? La Corte di cassazione rigettò il ricorso prodotto contro questa sentenza, come fa per regola quando le Corti d'appello non stabiliscono un principio troppo

---

(1) Bourges, 13 luglio 1886 e 8 aprile 1837 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 222. 2° e 3°).

(2) Parigi, 19 maggio 1838 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 222. 5°)

(3) Angers, 4 gennaio 1809 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 223, 2°).

assoluto (1). Noi seguiremo le variazioni della sua giurisprudenza che finisce per consacrare il principio quale noi lo abbiamo formulato.

290. La Corte di Tolosa aveva ammesso il diritto assoluto, illimitato, del proprietario superiore; la restrizione che, secondo essa, la legge gl'impone, è che non può deviare il corso dell'acqua. Del resto il proprietario inferiore non ha il diritto di domandare un regolamento che determini l'uso delle acque, salvo che il proprietario superiore non abusi del suo diritto, e non vi è abuso se non fa lavori che cagionino un pregiudizio ai rivieraschi inferiori, nello scopo di nuocere loro e senza utilità per lui. Ciò era negare apertamente il principio dell'eguaglianza, e sostituirgli quello del privilegio. La sentenza fu cassata. La Corte di cassazione comincia dallo stabilire il principio contrario. L'acqua corrente è una cosa comune a tutti i rivieraschi; essi hanno un egual diritto all'uso delle acque, quantunque non esercitino questo diritto simultaneamente. Se, pel vantaggio della sua posizione, il proprietario superiore usa del proprio diritto prima dei proprietari inferiori, egli non è meno tenuto, dopo che si è servito delle acque, di restituirle al loro letto ordinario affinchè i proprietari inferiori possano usarne a loro volta. La Corte ammette che colui il quale possiede entrambe le ripe abbia un diritto più esteso, ma solamente nel senso che può deviare il letto del corso d'acqua nei limiti del suo dominio, e derivare le acque per usarne, salvo a restituirle al loro corso nell'uscire dai suoi fondi. La Corte ammette ancora, e la cosa è evidente, che il proprietario superiore il quale si serve delle acque per la irrigazione non può esser tenuto a restituire la medesima quantità d'acqua che ha ricevuta, poichè la terra ne assorbe una parte; sempre però egli deve usare della sua facoltà in modo da conservare, in una giusta misura, ai proprietari inferiori l'esercizio del loro diritto sulle acque. Infine la Corte dà la giusta interpretazione alla disposizione dell'articolo 645, singolarmente alterata dalla Corte di Tolosa. Dal momento che vi è controversia fra i rivieraschi, i tribunali hanno il diritto ed il dovere di regolare l'uso delle acque fra di loro, il che prova che tutti hanno diritto, in misura equa, all'uso delle acque che attraversano o costeggiano le loro proprietà (2).

La Corte di Montpellier, innanzi a cui la causa fu rinviata, ordinò che si procedesse ad un regolamento. Ma i suoi considerando sono ben lontani dal riprodurre la dottrina che la

(1) Caen, 19 agosto 1837 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 233, 3°); sentenza di rigetto del 12 febbraio 1845 (Dalloz, 1845, 1, 160). Confronta sentenza di rigetto del 23 marzo 1830 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 226).

(2) Tolosa, 23 giugno 1840, e sentenza di cassazione del 21 agosto 1844 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 233, 4°).

Corte di cassazione aveva consacrata. La sentenza afferma che il diritto del proprietario delle due ripe è molto più esteso di quello dei rivieraschi d'un solo lato; che non si potrebbe quindi ammettere il proprietario inferiore ad una divisione delle acque proporzionatamente all'estensione dei fondi rispettivi. Furono incaricati dei periti per regolare il corso delle acque, avuto riguardo ai bisogni dei fondi che attraversavano. Contro tal giudicato venne prodotto nuovo ricorso. La Corte di cassazione, fedele al suo sistema di moderazione, lo rigettò, su relazione del consigliere Mesnard, il cui nome abbiamo più d'una volta incontrato nelle difficili controversie che insorgono relativamente ai corsi d'acqua. È mestieri che ci soffermiamo un istante sopra questa relazione, la cui dottrina è stata ammessa dagli autori più recenti. Lasciamo da parte il rimprovero che il relatore rivolge al ricorrente; questi si era troppo affrettato: perchè non attendeva la decisione definitiva sul regolamento d'acqua? La Corte di Tolosa glielo aveva ricusato; la Corte di Montpellier glielo accordò; fu questo il motivo che determinò la Corte di cassazione a rigettare il ricorso. Chi dice regolamento, dice conciliazione; è l'articolo 645 che pronuncia questa parola, dunque la Corte di Montpellier non sacrificava alcun interesse, non disconosceva alcun diritto.

Il relatore va più oltre, egli contesta l'idea d'una comunione fra tutti i rivieraschi, comunione che implica un uguale diritto. Secondo lui, il testo conferisce un diritto più esteso al rivierasco superiore il cui fondo è attraversato dall'acqua. Vuol dire ciò che egli abbia il diritto di assorbire le acque? No; è stato riconosciuto nella discussione che il proprietario superiore non potrebbe far sue le acque in pregiudizio dei proprietari inferiori; è precisamente per reprimere questo abuso, diceva Tronchet, che i tribunali sono chiamati a regolare l'uso delle acque, fissando le giornate e le ore durante le quali ciascun rivierasco potrà trarne profitto (1). La conclusione del relatore è che in questa materia non v'ha nulla d'assoluto, nessuna regola precisa, che tutto è lasciato alla prudenza ed alla saggezza dei tribunali (2). È questa altresì l'opinione di Demolombe (3).

291. Avendo la Corte di cassazione rigettato il ricorso contro una sentenza la quale, nei suoi considerando aveva riconosciuto al proprietario superiore diritti molto più estesi che ai rivieraschi inferiori, si poteva credere che tal fosse altresì la dottrina della Corte suprema. Vi sono infatti delle decisioni in questo senso. Esse ammettono che i proprietari di entrambe le

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 4 brumaio anno XII, n. 9 (Locré, t. IV, p. 66).
(2) Sentenza di rigetto dall'8 luglio 1846 (Dalloz, 1847, 1, 281).
(3) Demolombe, t. XI, p. 209, n. 166.

ripe hanno diritti d'uso più estesi, anche in quanto al volume d'acqua, pur negando tuttavia che essi abbiano anche la facoltà di assorbire le acque (1). La Corte di cassazione è andata più oltre, cassando due sentenze della Corte di Digione. Noi crediamo che quest'ultima giurisprudenza finirà a prevalere. La Corte proclama il principio che il consigliere Mesnard aveva contestato, quello della comunione dei rivieraschi; l'acqua corrente, essa dice, è una cosa comune fra coloro i cui fondi essa costeggia o attraversa. Perciò nessuna distinzione tra i vari rivieraschi; tutti hanno un eguale diritto alle acque. « Se il rivierasco superiore ne usa pel primo, e se non è tenuto a restituirne la medesima quantità che ha ricevuta, deve nondimeno fare in modo che sia conservato, in una giusta misura, l'esercizio del diritto ai rivieraschi inferiori; egli non può assorbire le acque in loro pregiudizio, neppure per rendere più completa l'irrigazione delle sue proprietà; altrimenti il *diritto di tutti* diverrebbe il *privilegio di un solo* ». Questo è bene il principio che sgorga dalla lettera della legge combinata con la tradizione e la discussione. Ne potrà risultare senza dubbio che l'acqua sarà insufficiente per soddisfare tutti i bisogni; si dovrà allora regolarne l'uso in modo da conciliare i varî interessi, come vuole l'art. 645 (2).

292. L'articolo 644 accorda al proprietario che possiede entrambe le ripe il diritto di deviare il corso dell'acqua entro i confini del suo dominio; ma egli deve sempre restituirla al suo letto ordinario, nell'uscire dai suoi terreni. Si domanda se possa applicarsi per analogia l'art. 643, che proibisce al proprietario di una sorgente di deviarne il corso, quando somministri agli abitanti di un comune l'acqua ch'è lor necessaria. Enunciamo la questione solo perchè essa trovasi formulata nelle opere di autori valenti che la risolvono affermativamente (3). Ma a noi sembra che qui vi sia un equivoco. Il solo scopo dell'art. 643 è d'impedire al proprietario di una sorgente di deviarla; ora, il rivierasco di un'acqua corrente, ancorchè questa traversi il suo fondo, non ha il diritto di deviarne il corso in pregiudizio dei rivieraschi inferiori; il comune, che è rivierasco, non ha dunque bisogno del diritto eccezionale che gli conferisce l'articolo 643; gli è sufficiente il diritto comune. Se vi è contestazione tra il proprietario superiore ed il comune intorno al volume d'acqua che il primo voglia prendere, i tribunali provvederanno ad un regolamento, sempre secondo il diritto comune.

---

(1) Lione, 25 novembre e 13 dicembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 158 e 284).
(2) Sentenza di cassazione del 4 e 17 dicembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 73).
(3) Aubry e Rau, t. III, p. 49 e nota 16

d) *Regole comuni a tutti i rivieraschi.*

293. Ogni rivierasco può fare le opere necessarie a difendere il suo fondo dall'azione delle acque; è questo un diritto che deriva dalla proprietà e che non potrebbe essere contestato. Similmente qualunque rivierasco può eseguire i lavori occorrenti per l'esercizio del diritto che la legge gli accorda. Il diritto dei rivieraschi non soffre forse limitazione alcuna? La proprietà, per assoluta che sia, ha dei limiti, come abbiamo detto altrove (1). Ma la difficoltà sta nel sapere se i principî generali trovano applicazione ai lavori fatti dai rivieraschi. Bisogna distinguere. Se si tratta di opere di difesa, siamo nel diritto comune; poichè il rivierasco agisce come proprietario e per la tutela della sua proprietà. Egli esercita un diritto, e quindi non è responsabile del danno che cagiona ad un altro rivierasco, poichè non lede un diritto di costui. Noi supponiamo che i lavori siano difensivi; se fossero invece d'offesa, s'intende da sè che il rivierasco vincolerebbe la propria responsabilità, perchè in tal caso avrebbe attentato al diritto del suo conrivierasco (2). Se si tratta di opere fatte da un rivierasco per usare delle acque la questione è del tutto diversa. In questo caso, il rivierasco non agisce più come proprietario; ciò è evidente, voltachè si ammetta colla giurisprudenza, che egli non è proprietario del corso d'acqua non navigabile che costeggia o attraversa il suo fondo. Ma anche quando si riconoscesse ai rivieraschi un diritto di proprietà, non sarebbe questa una proprietà esclusiva ma piuttosto una comproprietà. Fermiamoci su questa ipotesi che è la più favorevole ai rivieraschi. Essi fanno dei lavori che nuocciono ad un altro rivierasco: potranno sostenere che usano del loro diritto e che colui che usa del suo diritto non fa torto a nessuno? No, poichè è principio che un comproprietario non può servirsi della cosa comune in modo da nuocere all'altro comproprietario. Dunque il rivierasco sarà responsabile per ciò soltanto che ha cagionato un danno ad un altro rivierasco. A maggior ragione bisognerà pronunziarsi in tal senso, se non si riconosce ai rivieraschi che il diritto di usare d'una cosa comune, la quale non appartiene ad alcuno; s'intende da sè che, in questa opinione, l'uso di uno dei rivieraschi non può nuocere all'altro (3).

---

(1) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 136.

(2) Nimes, 27 luglio 1829 (Dalloz, alla *Propriété*, n. 578, 3°).

(3) Aubry e Rau, t. III, p. 51, e nota 25 e gli autori che vi sono citati. Sentenza di rigetto del 25 novembre 1857 (Dalloz, 1857, 1, 86. Sentenza di cassazione del 15 febbraio 1860 (Dalloz, 1860, 1, 357). Bruxelles, 7 marzo 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 66).

294. Nei casi in cui il rivierasco è responsabile dei lavori che esegue, quegli il cui diritto è leso potrà agire immediatamente per chiedere la distruzione dei lavori? Se si tratta di opere d'offesa, l'affermativa non è dubbia; poichè queste attentano al diritto di proprietà del rivierasco da esse minacciato, costui non dovrà certo attendere che il danno sia cagionato per domandarne la riparazione (1). Noi crediamo che bisogna dire altrettanto quando un rivierasco fa lavori che compromettono o impediscono l'uso comune dei rivieraschi, quantunque non ne risulti un danno attuale. Che il diritto dei rivieraschi sia un diritto di proprietà o un diritto d'uso, poco importa. Si tratta sempre di un vero diritto, e quando un diritto è leso, vi è sempre luogo ad un'azione. Si può obbiettare che non si accorda azione senza un interesse; che il solo interesse dei rivieraschi è che non soffrano alcun pregiudizio, e che questo interesse costituisce anche tutto il loro diritto. Si risponde, e la risposta ci sembra perentoria, che il rivierasco non reclama danni-interessi; che l'unico obbietto della sua domanda è che le opere intraprese senza alcun diritto vengano abbattute. Ora la carenza di diritto è insita nel fatto che viene impedito ai conrivieraschi di usare delle acque, o che vien loro minacciato un danno. Ma d'altronde i rivieraschi hanno un interesse attuale ad impedire che un conrivierasco faccia dei lavori di cui potrebbe giovarsi in seguito, per rivendicare l'uso esclusivo delle acque a titolo di prescrizione. Vi è una sentenza della Corte di Bruxelles in questo senso (2).

295. I rivieraschi hanno bisogno di un'autorizzazione per fare, sia lavori di difesa, sia lavori destinati a facilitare l'uso delle acque? Se vi è un regolamento che prescrive l'intervento dell'autorità amministrativa, s'intende da sè che i rivieraschi debbono osservarlo, poichè la legge fa obbligo ai tribunali di assicurarne l'adempimento (art. 645). Anche in mancanza di regolamento, si decide, in Francia, che non può essere stabilita alcuna sbarra senza un'autorizzazione preventiva, e questa giurisprudenza è stata sanzionata dal decreto del 25 marzo 1852 (3). Nel Belgio, un decreto reale del 28 agosto 1820 ha decisa la questione nel medesimo senso. Il preambolo constata che le leggi e i regolamenti relativi alla polizia dei corsi d'acqua sono stati sempre applicati a quelli non navigabili che a quelli navigabili. Ciò equivale ad un'implicita confessione che non vi ha una legge formale sulla materia. Tuttavia la legge del 12 agosto 1790, capitolo VI, affida all'autorità amministrativa la polizia delle acque, senza distinguere se sono navigabili o non; e la

(1) Riom, 10 febbraio 1830 (DALLOZ, alla parola *Propriété*, n. 576).
(2) Bruxelles, 23 marzo 1831 (*Pasicrisie*, 1831, p. 65).
(3) DEMOLOMBE, t. XI, p. 214, n. 272, e le autorità che cita. Bisogna aggiungere una sentenza dell'11 maggio 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 468).

legge 28 settembre 1791 (t. II, art. 16) obbliga i prprietarî di molini costruiti e da costruirsi a mantenere le acque ad una altezza che sarà fissata dal direttorio dipartimentale; l'autorità amministrativa ha potuto prevalersi di queste disposizioni per dettare regolamenti su questa materia. Il decreto del 1820 tiene dunque luogo di legge; esso dichiara applicabili ai corsi d'acqua non navigabili le leggi e i regolamenti risguardanti lo stabilimento di molini sui corsi d'acqua e proibisce di eseguire alcuna opera sui medesimi senza l'autorizzazione dell'autorità competente, vale a dire della deputazione permanente del consiglio provinciale (1).

296. Quando uno stabilimento industriale è regolarmente costruito da tempo, potranno ciò nondimeno i rivieraschi erigere opere che modifichino lo scolo naturale delle acque? In Francia, la questione vien risoluta in favore delle officine. È stato deciso che i proprietarî superiori non possono ritenere le acque per intervalli più o meno lunghi, in pregiudizio delle officine situate inferiormente. È stato pur giudicato che i rivieraschi inferiori non possono costruire uno sbarramento che faccia rifluire le acque sotto le ruote dello stabilimento che si trova all'insù (2). Questa dottrina ci sembra troppo assoluta. I diversi rivieraschi hanno un egual diritto all'uso delle acque. Quand'anche un'officina fosse stabilita con autorizzazione amministrativa, questa non potrebbe conferirle alcun privilegio, poichè è principio che le decisioni dell'autorità amministrativa non possono portar pregiudizio ai diritti dei terzi. Ritorneremo più innanzi su questo punto. Adunque lo stabilimento di un'officina per nulla immuta la condizione dei rivieraschi. Essi hanno il diritto d'irrigazione e per conseguenza quello di fare le opere necessarie per trar profitto dalle acque; è loro interdetto soltanto di eseguire lavori tali che nuocciano ai conrivieraschi. Dal canto loro, i proprietarî delle officine non dossono impedire agli altri rivieraschi d'usare delle acque e per conseguenza di eseguire sbarramenti Vi sono dunque in conflitto due diritti eguali. É questo il caso d'applicare l'art. 645, conciliando l'interesse dell'industria con quello dell'agricoltura; ma non si può certamente subordinare l'interesse dell'irrigazione a quello delle officine, come non si può sacrificare l'interesse dell'industria a quello dell'agricoltura. E stato deciso in questo senso che i proprietarî dei molini non hanno un diritto esclusivo sulle acque; che non ostante lo stabilimento delle officine, i proprietari rivieraschi hanno diritto d'usare delle acque per l'irrigazione delle loro proprietà. La legge dei 15-28 marzo 1790 mette, è vero, la proprietà dei molini sotto la propria tutela ed ingiunge alle mu-

(1) Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio del 9 luglio 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 390).

(2) Vedi le autorità citate da Aubry e Rau, t. III, p. 51, note 29 e 30.

nicipalità di invigilare a che la legge sia rispettata; ma, come dice la Corte di cassazione, ciò deve intendersi tanto della conservazione degli edificî ed oggetti materiali che fanno parte dei molini, quanto del diritto d'usare delle acque che li mettono in movimento. Il legislatore del 1790 non poteva certamente pensare d'attribuire ai proprietarî delle officine un diritto esclusivo sulle acque, mentre aveva appena allora abolito il regime feudale che accordava ai signori il godimento esclusivo di queste. Secondo il nuovo diritto, le acque sono proprietà comune di tutti i rivieraschi. Ma, aggiunge la Corte suprema, il diritto dell'uno è naturalmente limitato dal diritto degli altri. Il proprietario le cui praterie costeggiano l'acqua corrente ben può servirsene al suo passaggio per l'irrigazione; questo diritto non attenta a quello dei rivieraschi che servonsi delle acque per usi industriali. Se vi è conflitto, i tribunali regoleranno i diritti rispettivi in modo da conciliarli fra di loro (1).

Quando vi sono più stabilimenti sopra un medesimo corso d'acqua, il conflitto può sorgere tra i diversi industriali. La regola per decidere è sempre la stessa. Nessuno di essi ha un diritto esclusivo alle acque, e, nessuno può usare del suo diritto in modo da nuocere agli altri. Donde segue che se i lavori fatti da uno dei rivieraschi cagionano un danno agli altri, v'è luogo ad indennità, e, se occorre, ad un regolamento delle acque (2).

297. Il conflitto degli esercenti officine e dei proprietarî non cade sempre sul volume d'acqua e sui lavori eseguiti per assicurarne l'uso. Può accadere che l'acqua adibita all'esercizio di una particolare industria si alteri; i rivieraschi inferiori reclamano. La giurisprudenza e la dottrina sono d'accordo nel ritenere che il diritto dei rivieraschi non si spinge fino a poter corrompere le acque in modo da renderle improprie agli usi domestici, che sono la destinazione primitiva e naturale dell'acqua corrente (3). Ciò vorrà dire che essi debbono trasmettere le acque nella loro purezza primitiva ai rivieraschi inferiori? Tale pretesa renderebbe l'uso delle acque impossibile per un gran numero d'industrie, ed anche per gli stessi bisogni domestici. Non si può infatti lavare la biancheria senza alterare, più o meno, le acque. Nulla dunque v'è d'assoluto in questa materia. I tribunali potranno applicare alle acque correnti ciò che la giurisprudenza ammette per quelle di sorgente; essi faranno una divisione delle acque, permettendo ad un rivierasco industriale d'assorbirne una parte che gli sarà proibito di trasmettere ai proprietarî inferiori, in guisa che costoro potranno sempre

---

(1) Sentenza di rigetto del 17 febbraio 1809, e sentenza di cassazione del 21 luglio 1834 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 252, 1° e 4°).

(2) Sentenza di rigetto del 28 novembre 1848 (Dalloz, 1848, 1, 232).

(3) Douai, 3 marzo 1845 (Dalloz, 1845, 2, 167).

far calcolo sopra una quantità d'acqua che verrà loro trasmessa senza alterazioni di sorta (1). I tribunali possono usare in questa materia del potere moderatore ad essi attribuito dall'art. 645. Così è stato deciso che quegli il cui fondo è attraversato da un'acqua corrente può servirsene pel lavaggio delle miniere; ma la Corte ha obbligato il proprietario a fare eseguire lavori che depurassero le acque dalle materie terrose che ricevono pel lavaggio, ed a tener pulito il ruscello allo scopo di prevenirne l'ingombro (2). Talvolta è difficile conciliare gli opposti interessi dei rivieraschi. Se il pregiudizio di cui si dolgono i rivieraschi inferiori è poco rilevante, il giudice può decidere trattarsi piuttosto di un incomodo proveniente dal vicinato anzichè d'un abuso (3). Ma se il danno fosse tale, che l'uso abusivo dell'uno rendesse addirittura impossibile l'uso legittimo degli altri, sarebbe necessario di proibire un modo d'esercizio del diritto d'uso che si manifesta incompatibile coll'eguale diritto che spetta ai conrivieraschi. Gli è perciò che la Corte di cassazione ha deciso che il diritto d'usare dell'acqua implica pel rivierasco superiore l'obbligo di non renderla impropria, sia all'irrigazione sia agli usi ordinarî della vita, alterandola o mescolandovi materie che la corrompono. Nella specie, il proprietario superiore aveva stabilito un abbeveratoio in cui lavava e faceva ciascun giorno bagnare i suoi cavalli; la sentenza impugnata constatava che l'acqua così turbata e corrotta non poteva più servire all'alimentazione dell'uomo. La Corte giudicò che i rivieraschi inferiori potevano reprimere questo fatto col mezzo dell'azione possessoria (4).

Questi principî si applicano del pari alla macerazione della canape e del lino. Daviel insegna che le autorità locali, incaricate di vegliare alla pubblica igiene, potrebbero proibirla (5). Tale diritto è incontestabile dal momento che lo esige l'igiene pubblica. In mancanza di regolamenti, i tribunali decideranno secondo le massime generali da noi enunciate; conciliando cioè gli opposti interessi, se la conciliazione è possibile, ed interdicendo, al bisogno, la macerazione se fosse provato che l'igiene pubblica ne risente danno.

298. La Corte di cassazione ha giudicato, come dicemmo, che i rivieraschi possono esercitare l'azione possessoria. Infatti, l'acqua corrente è suscettibile di possesso; dunque il rivierasco ha diritto di far rispettare il suo possesso mediante l'azione di manutenzione, se ha posseduto nelle condizioni determinate dalle

---

(1) Rouen, 18 marzo 1839 e 9 giugno 1841 (DALLOZ, 1845, 2, 168 e 169).
(2) Bourges, 11 giugno 1828 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 390).
(3) Caen. 20 dicembre 1855 (DALLOZ, 1856. 2, 294).
(4) Sentenza di rigetto del 16 gennaio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 206).
(5) DAVIEL, *Des cours d'eau*, t. II, p. 275. In senso contrario, DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 160.

leggi, cioè se il possesso è annale, pacifico e a titolo non precario. Ora, il possesso dei rivieraschi non è precario, poichè ha la sua causa nella legge. Il principio è incontestabile, e lo ammettono tanto la dottrina che la giureprudenza (1). L'applicazione presenta però talune difficoltà nelle quali non possiamo entrare, appartenendo questa materia piuttosto alla procedura che al diritto civile.

299. Potranno i rivieraschi concedere l'uso delle acque sia ad altri rivieraschi, sia ai proprietarî che non posseggono alcun fondo sulla ripa? Tutti ammettono che i rivieraschi possono fare tra di loro, relativamente all'uso delle acque, quelle convenzioni che vogliono (2). Ciò non presenta l'ombra di dubbio. Se si ammette che essi sono proprietarî dell'acqua corrente, questa proprietà, sebbene non sia assoluta, attribuisce tuttavia a costoro il diritto di godere e disporre, finchè non nuocciano ai loro conrivieraschi; ora, noi supponiamo appunto che i rivieraschi convengano intorno all'uso che intendono di fare delle acque; se i comunisti sono d'accordo, nessuno ha più il diritto di dolersi; noi diremo più innanzi qual sia l'effetto di queste convenzioni riguardo a quelli che non furono parti in esse. Ancorchè i rivieraschi non avessero che un diritto d'uso, essendo questo diritto stabilito unicamente in loro vantaggio, nulla impedisce che vi rinuncino a favore d'un altro rivierasco. Ma potranno altresì fare una convenzione a profitto d'un non rivierasco? Ciò è dubbio anche nell'opinione che riconosce ad essi la proprietà dei corsi d'acqua. Questa proprietà non è illimitata; è una cosa comune a più e che secondo la sua natura non può appartenere se non ai rivieraschi. Il testo è concepito in questo senso; esso non accorda un diritto alle acque che a coloro la cui proprietà è costeggiata o attraversata da un corso d'acqua. Tale è pure lo spirito della legge: è il rivierasco che è esposto al danno cagionato dalle acque; egli soltanto deve dunque profittare dei vantaggi che esse procurano. Invano si dice che ciascuno può rinunciare ai diritti che la legge gli accorda; quando un diritto è inerente alla qualità di rivierasco, questo diritto non può essere ceduto a coloro che non sono rivieraschi. La qualità di rivierasco non si trasferisce per via di convenzione a coloro che nulla posseggono sulla ripa, e quindi anche i diritti inerenti alla qualità di rivierasco non possono essere ceduti ad altri che non siano rivieraschi.

Noi abbiamo deciso così nel caso in cui un rivierasco voglia servirsi delle acque per uno dei suoi terreni che non è rivierasco

(1) Demolombe, t. XI, p. 227, n. 184. Dalloz, alla parola *Action possessoire*, n. 29 e seg. e 387 e seg.

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 51 e n. 26. Duranton, t. V, p. 206, n. 221. Demolombe, t. XI, p. 216, n. 174. Sentenza di rigetto del 2 agosto 1827 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 559, 1°).

nè contiguo ad un fondo rivierasco. Lo stesso si dovrà dire, ed a più forte ragione, quando si tratta di cedere l'uso delle acque ad un non rivierasco. Si obbietta che il caso è diverso. Colui che oltre il proprio fondo rivierasco, vuole irrigare un terreno non rivierasco, ha bisogno, si dice, d'un volume d'acqua più considerevole, e nuoce per conseguenza agli altri rivieraschi; mentre che poco importa a costoro se il proprietario superiore utilizzi egli stesso le acque cui ha diritto, o ne ceda l'uso ai terzi. Se il diritto alle acque fosse un diritto assoluto, ciò sarebbe vero. Ma i rivieraschi, nell'opinione che è lor più favorevole, non hanno che una proprietà limitata; essi godono delle acque a titolo di rivieraschi. Il godimento delle acque è, pertanto, inerente a questa qualità; vale a dire che non può appartenere a quelli le cui proprietà non sono costeggiate nè attraversate dal corso d'acqua. Concedendo l'uso delle acque a chi non è rivierasco, si chiamano a godere d'una proprietà comune coloro che non vi hanno alcun diritto, e per lo stesso motivo si ledono i diritti di tutti coloro che sono comproprietarî. Occorrerebbe il consenso di tutti gl'interessati perchè una simile concessione fosse valida.

Si fa pure ricorso alle nuove leggi sull'irrigazione. Noi diremo in appresso qual sia l'obbietto di queste leggi. Esse non possono certamente invocarsi per interpretare il codice civile: non è questo il loro scopo. Esse suppongono che un proprietario abbia un diritto alle acque, e gli facilitano i mezzi d'usare del suo diritto. Chi ha un diritto sulle acque? Non sono le nuove leggi che possono risolvere siffatta questione, ma il codice civile. Quando dunque s'interpreta il codice civile, bisogna fare astrazione dalle nuove leggi (1).

e) *Delle convenzioni tra i rivieraschi.*

300. I rivieraschi possono disporre, come meglio loro aggrada, dell'uso delle acque. Quale sarà l'effetto di queste convenzioni? Bisogna vedere quale ne sia l'obbietto. Il rivierasco può cedere ad un altro rivierasco tutto il diritto ch'egli ha sulle acque; il concessionario acquisterà, in questo caso, l'uso esclusivo delle acque, riguardo al cedente. Ecco un caso che si è presentato innanzi alla Corte di cassazione. Un fondo attraversato da un ruscello fu comperato da un proprietario vicino per un prezzo talmente elevato, da rendere evidente che l'obbietto della vendita era stato, non pochi metri di terreno, ma l'acqua corrente di cui il compratore aveva bisogno per irrigare le sue proprietà.

---

(1) Gli autori sono scissi. Vedi le diverse opinioni in Aubry e Rau, t. III, p. 15, nota 7; Demolombe, t. XI, p. 182, n. 151 e Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 206.

Fu deciso che non avendo il venditore posta alcuna riserva alla sua concessione, non avendo precisato il volume d'acqua da lui alienato, il compratore aveva acquisito il diritto di disporre delle acque in modo assoluto; di guisa che il venditore, ch'era altresì rivierasco inferiore, non poteva più invocare l'articolo 644.

La sentenza della Corte d'appello va più oltre. Essa giudica che il venditore era garante della rivendica che gli altri rivieraschi avessero potuto esercitare sulle acque, in virtù di questo articolo, nel senso che sarebbe tenuto alle indennità che il concessionario dovesse pagare a costoro. Quest'ultimo punto è assai dubbio; la Corte di cassazione non ne ha fatta menzione nella sua sentenza (1). A rigor di principio, il rivierasco non può disporre che della sua comproprietà, egli non ha il diritto di alienare la proprietà degli altri rivieraschi i quali potranno dunque, tanto dopo quanto prima della vendita, esercitare i loro diritti di rivieraschi, e se li esercitano, il concessionario non ha alcuna azione di garanzia contro il venditore. Senza dubbio costui potrebbe promettere che gli altri rivieraschi non turberanno il godimento del concessionario, garantendo per essi; in questo caso, se i rivieraschi non tenessero alcun conto di questa promessa, il venditore dovrebbe pagare un'indennità al concessionario. Gli è dunque al compratore, e non, come suppone la Corte di Nancy, ai rivieraschi che l'indennità sarebbe dovuta. Quanto ai rivieraschi, i loro diritti rimangono intatti; non essendo lesi, non possono reclamare l'indennità. Rimane a sapere in qual caso il rivierasco che cede uso delle acque sarà garante, nel senso che abbiamo spiegato. Occorrerebbe una clausola espressa, poichè si tratta d'una promessa del fatto altrui, con la clausola di garantia da parte del promittente (articoli 1119 e 1120). Tutto ciò non può certamente presumersi.

301. Può accadere che il rivierasco restringa soltanto i diritti che gli spettano in virtù dell'art. 644. Così il rivierasco inferiore ha diritto di esigere che il rivierasco superiore, il cui fondo è attraversato dall'acqua, restituisca le acque al loro corso ordinario, nell'uscire dai suoi fondi: egli può rinunciare a questa facoltà (2). Se la rinuncia è un'abdicazione completa dei suoi diritti, rientra nella prima ipotesi; se è una semplice restrizione vi sarà servitù; il rivierasco superiore acquisterà il diritto di derivare le acque, ciò che costituisce già una diminuzione di proprietà pel proprietario inferiore, e il diritto di dare alle acque un corso artificiale, il che costituisce egualmente un onere pel fondo inferiore che sarà tenuto a ricevere le acque, senza che scolino naturalmente dal superiore.

---

(1) Sentenza di Nancy del 3 dicembre 1831, confermata da una sentenza di rigetto del 2 febbraio 1837 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 225).

(2) Sentenza di rigetto del 18 novembre 1845 (Dalloz, 1846, 1, 212).

Il rivierasco ha diritto di servirsi delle acque al loro passaggio, o mentre attraversano il suo fondo. Egli può cedere questo diritto parzialmente. Sarà pur questa una restrizione al suo diritto di proprietà, e perciò una servitù. Nella nostra opinione circa la proprietà delle acque non navigabili, non v'ha dubbio: il rivierasco è proprietario del letto e delle acque che lo occupano: se restringe il suo diritto di proprietà, grava il suo fondo d'una servitù. La giurisprudenza ammette il medesimo principio quantunque non riconosca ai rivieraschi la proprietà delle acque correnti. Ciò può trovare una giustificazione. Essi sono proprietari dei fondi rivieraschi; l'uso delle acque è uno dei vantaggi inerenti a questa proprietà; restringere quest'uso, equivale a staccare dalla proprietà rivierasca uno dei suoi attributi e quindi a gravarla di una servitù.

302. Le numerose sentenze rese su questa materia dimostrano che le difficoltà non mancano. Tuttavia il principio è semplice ed incontestabile. Si tratta di servitù convenzionali: devono quindi ricevere applicazione le regole che governano gli effetti di queste servitù. La prima regola che la legge stabilisce è quella che il proprietario del fondo cui è dovuta una servitù ha diritto di fare tutti i lavori necessari per usarne o per conservarla (art. 697). Per applicazione di questo principio, è stato deciso che il diritto di derivare le acque da un torrente per i bisogni d'uno stabilimento o per l'irrigazione d'un fondo, col mezzo d'uno sbarramento, implica il diritto di costruire quest'opera nei modi ed alle condizioni che valgano a renderla, quanto possibile, efficace. Nella specie, esisteva un'antica sbarra in legno, le cui fessure lasciavano sfuggire una grande quantità d'acqua. Il proprietario dello stabilimento la surrogò con un'opera in muratura. Il rivierasco inferiore sporse reclamo, pretendendo che le fessure fossero state praticate a disegno per facilitare l'irrigazione delle praterie inferiori. Se il fatto fosse stato dimostrato, si avrebbe avuto, in conseguenza della nuova costruzione, un ingiusto aggravamento della servitù; ma la prova smentì tale pretesa. Si rientrava quindi nel diritto comune, e l'applicazione dell'articolo 697 non era più dubbia (1).

303. Nello stesso ordine d'idee, l'articolo 696 dispone che colui il quale costituisce una servitù si presume che accordi insieme tutto ciò ch'è necessario per usarne. Così, dice il codice, la servitù di attingere acqua alla fontana altrui importa necessariamente il diritto di passaggio. La Corte di Colmar ha giudicato che la trasmissione delle acque, acquisita a titolo di servitù dal proprietario di un molino, gli dava il diritto di pulire il canale, e per conseguenza di ammucchiare momentanea-

(1) Grenoble, 15 luglio 1867, confermata da una sentenza di rigetto del 17 giugno 1868 (Dalloz, 1869, 1, 12).

mente sulla ripa le terre provenienti dallo spurgo. Nella specie, questo diritto non era stato esercitato per lungo tempo, poichè lo spurgo non era necessario; potevasi sostenere che il proprietario dominante lo avesse perduto col non uso? No, poichè egli aveva conservata la servitù, e per conseguenza il diritto di pulizia che ne è inseparabile. La sentenza ammette tuttavia una restrizione a questo diritto, cioè che il proprietario del fondo serviente può domandare che il tribunale fissi le epoche dello spurgo e ne regoli l'esercizio (1). Questa decisione ha fondamento nello spirito della nostra legislazione. L'articolo 701 dimostra che gli autori del codice civile hanno voluto conciliare gli opposti interessi del proprietario dominante e del proprietario serviente. Questo potere di conciliazione appartiene al giudice in tutti i casi in cui le convenzioni delle parti non hanno esse medesime regolato tanto i loro diritti quanto gli obblighi rispettivi.

La Corte di Riom ha fatta una applicazione molto saggia di questi principî in una specie in cui il proprietario del fondo dominante reclamava la servitù di passaggio sul fondo serviente, come mezzo d'assicurarsi se il volume d'acqua cui aveva diritto gli era stato realmente trasmesso. Fu deciso in massima che la concessione d'una presa d'acqua importa il diritto di sorvegliarne il corso, per opporsi ad ogni deviazione che ne restringesse il godimento. Siccome il diritto di sorveglianza non può esercitarsi che passando sul fondo serviente, bisogna concluderne che il proprietario dominante ha, in questi limiti, il diritto di passaggio. Ma questo diritto non è un accessorio necessario della servitù principale, come lo è, secondo l'art. 696, per la servitù di attingere acqua. Qui ancora vi è materia a conciliazione. Se il proprietario superiore concede al proprietario inferiore il mezzo di constatare in modo sicuro che tutta l'acqua cui ha diritto gli è trasmessa, non vi è più ragione di reclamare il passaggio, sempre così incomodo ed oneroso per i fondi servienti. Ora, nella specie il proprietario superiore si obbligava a costruire e mantenere in buon stato, a sue spese, un canale per condurre l'acqua sino al fondo dominante; egli offriva inoltre al proprietario di questo fondo un sentiero per giungere alla imboccatura del canale, il che gli permetteva di sorvegliare in ciascun istante le due estremità del canale, e di constatare per conseguenza se esso riceveva e rendeva tutta quella quantità d'acqua cui egli aveva diritto (2).

Vi è una sentenza della Corte di cassazione che, a primo aspetto, sembra in opposizione colle decisioni che abbiamo analizzate. Un canale serviva a condurre le acque derivate da un ruscello in tre proprietà diverse; il canale non costituiva dun-

(1) Colmar, 23 febbraio 1853 (Dalloz, 1863, 2. 174).
(2) Riom, 24 gennaio 1856 (Dalloz, 1857, 2, 31).

que una servitù d'acquedotto a favore di un rivierasco; tutto ciò che l'attore reclamava, era il diritto di prendere le acque quando giungevano nel suo fondo e di opporsi ad ogni mutamento nella loro direzione e nel suo modo di godimento. La presa d'acqua così definita attribuiva il diritto di passaggio e di pulizia sul fondo dell'attore? Questa questione speciale e limitata ai fatti constatati venne dalla Corte di cassazione decisa negativamente. Il canale di irrigazione era affetto, quantunque in diverse proporzioni, all'uso dei tre fondi che attraversava; ne risultava che ciascuno dei tre proprietari era tenuto, salvo convenzioni contrarie, alla pulizia e manutenzione della parte del canale che attraversava il suo fondo, coll'obbligo di nulla intraprendere che potesse nuocere agli altri. Se dunque per negligenza o dietro rifiuto di operare la pulizia sul suo fondo, l'uno di essi avesse ostacolato o ristretto l'esercizio del diritto d'irrigazione degli altri, costoro avrebbero potuto costringerlo ad eseguire i lavori necessari, ovvero farsi autorizzare dal tribunale ad eseguirli a sue spese. Il diritto di comproprietà non va più oltre, salvo contrarie convenzioni (1). Ciò che stabilisce la differenza fra la sentenza della Corte di cassazione e le altre che abbiamo riferite, è che, nella specie, vi era comproprietà di un canale d'irrigazione, ed il diritto di polizia e di sorveglianza apparteneva a ciascuno dei rivieraschi sulla porzione di canale che attraversava la sua proprietà. Dal momento che uno di essi non riceveva l'acqua cui aveva diritto, poteva dolersi ed agire contro i suoi comproprietari.

304. Secondo l'art. 702, chi ha un diritto di servitù non può fare nel fondo che deve la servitù nè in quello cui è dovuta alcun mutamento che aggravi la condizione del primo. Si domanda se per applicazione di questa regola, il proprietario del fondo gravato d'una servitù d'acquedotto possa esercitare un controllo sull'uso che il proprietario del fondo dominante fa delle acque. È una questione di fatto: se l'uso aggrava la servitù, il proprietario che la deve può reclamare: se non l'aggrava, non vi è luogo a reclamo. È stato deciso che il proprietario del fondo che doveva la servitù d'acquedotto non poteva in verun modo dolersi dell'uso che si facesse dell'acqua dopochè questa era uscita dalla sua proprietà, poichè non vi aveva interesse. Infatti, nella specie, non si allegava che il proprietario cui la servitù era dovuta l'avesse aggravata prendendo una quantità di acqua maggiore di quella cui aveva diritto, o facendo costruzioni che non fossero necessarie all'esercizio della servitù: ora, senz'interesse, non vi è azione (2). Al contrario, è stato deciso che colui il quale ha una presa

(1) Sentenza di rigetto del 18 aprile 1854 (Dalloz, 1854, 1, 240).
(2) Sentenza di rigetto del 30 luglio 1865 (Dalloz, 1865, 1, 294).

d'acqua per l'irrigazione di un fondo non può servirsi delle acque pel movimento di un'officina, poichè ciò aggraverebbe la servitù. Sul ricorso per cassazione, prodotto contro questo giudicato, intervenne una sentenza di rigetto fondata su di ciò, che, trattandosi di una questione di fatto, l'apprezzamento della Corte di appello era sovrano (1).

305. La servitù conceduta da un rivierasco gl'impedirebbe di usare delle acque e per conseguenza di fare nuove concessioni? A rigor di principio, bisogna rispondere negativamente, nel senso che la servitù non costituisce una rinunzia alla proprietà, ma ne restringe solamente l'esercizio; il proprietario conserva dunque il diritto di godere e di concedere nuove servitù, sotto la condizione, beninteso, di non attentare ai diritti attribuiti colla prima concessione. Ciò non presenta alcun dubbio (2).

f) *Della prescrizione.*

306. Può il diritto dei rivieraschi essere modificato dalla prescrizione? A rigor di principio, l'affermativa non è dubbia. I diritti che possono essere regolati o modificati dalle convenzioni, sono per ciò appunto soggetti alla prescrizione: la prescrizione il più delle volte implica una convenzione preesistente. Si potrebbe obbiettare la massima secondo cui le acque correnti essendo comuni a tutti i rivieraschi, sono, in conseguenza, poste fuori commercio, e perciò inalienabili ed imprescrittibili (n. 269). La massima è vera, ma nel senso soltanto che l'acqua corrente sfugge ad una appropriazione esclusiva; il che non impedisce che i rivieraschi abbiano diritti che sono stati paragonati alla proprietà, diritti che in ogni caso sono in commercio poichè formano l'obbietto di convenzioni e sono quindi suscettivi di prescrizione.

Si legge tuttavia in molte sentenze che il diritto alle acque è imprescrittibile; occorre di vedere in qual senso ciò può esser vero. Vi sono diritti che non si perdono con la prescrizione: si chiamano diritti di pura facoltà, poichè è una facoltà naturale o legale quella di esercitarli o no, e d'usarne in una od in altra maniera. Il non usare dunque di questi diritti non implica in alcun modo la volontà di abdicarli, di rinunciarvi; nello stesso modo che non si può invocare una determinata forma d'uso contro chi non ha creduto opportuno di farne un uso diverso. Ora, laddove non si può supporre alcuna volontà di rinunciare ad un diritto, non può trattarsi dell'estinzione di questo diritto

(1) Grenoble, 28 agosto 1864, e sentenza di rigetto del 5 maggio 1857 (Dalloz. 1857, 1, 297).

(2) Sentenza della Corte di cassazione del 28 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 416).

pel non uso o per la prescrizione. Come mai si sarebbe potuto perdere un diritto, non usandone, quando si aveva appunto la facoltà di non usarne? Di guisachè si potrebbe dire che l'interessato, non esercitando il suo diritto, ne ha usato (1). Tal'è il diritto dei rivieraschi sulle acque che costeggiano o attraversano i loro fondi. Essi non ne hanno usato per un tempo immemorabile: hanno con ciò perduto il loro diritto sulle acque? No; se non ne hanno usato, è perchè non ne avevano alcun bisogno; presentandosi la necessità, il loro diritto si rende esercibile; essi non vi hanno rinunziato mai; la loro inazione non implica alcuna rinuncia, poichè era essa medesima un diritto. Poco importa che, durante un tempo immemorabile, un altro rivierasco abbia usato delle acque ad esclusione di ogni altro; egli non ha potuto acquistare con questo lungo possesso un diritto esclusivo sulle acque, poichè il suo possesso non implica alcuna contraddizione al diritto dell'altro rivierasco, alcuna rinuncia da parte di costui; è un comproprietario che usa solo d'una cosa comune, per tutto il tempo che un altro comunista non vuole o non può usarne; la cosa non rimane meno comune e il diritto d'usarne sussiste a vantaggio di colui che non se ne è ancora servito, ma che può servirsene da un momento all'altro.

Questa dottrina è consacrata dalla giurisprudenza; noi ci limitiamo a citare una sentenza della Corte di cassazione che la formula nettamente. « I diritti, dice la Corte, che la legge accorda ai rivieraschi relativamente all'uso delle acque correnti, costituiscono facoltà che non potrebbero venir meno col non uso, per quanto lungo lo si supponga (2) ». Nell'applicazione, la questione si complica talvolta con le circostanze particolari della causa. Ordinariamente la controversia insorge tra un proprietario che vuole servirsi delle acque per l'irrigazione dei suoi fondi ed un esercente di officine che si è impossessato delle acque durante l'inazione dei rivieraschi, e che pretende conservare questo godimento esclusivo. In una causa presentatasi innanzi alla Corte di Grenoble, l'esercente dell'officina rivendicava la proprietà del canale perchè manufatto, il che avrebbe escluso i rivieraschi dall'uso delle acque. Dopo varie inchieste ed ispezioni dei luoghi, il giudice di prima istanza decise che il canale non era stato punto costruito dalla mano dell'uomo, e che si doveva per conseguenza applicare l'art. 644 a favore degli altri rivieraschi. La Corte d'appello non condivise intieramente questa convinzione; si trattava, a quanto sembra, d'uno di quei corsi d'acqua dei quali gli antichi signori avevano mo-

---

(1) DUMOULIN, sull'art. 1. della *Coutume de Paris*, gl. 4, n. 5, DEMOLOMBE, t. XI, p. 219. n. 177. AUBRY e RAU, t. III, p. 52, nota 34.

(2) Sentenza di rigetto dell'11 maggio 1868 (DALLOZ, 1868. 1, 418). Confronta Bourges, 8 gennaio 1836 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 252, 2); Lyon, 15 novembre 1854 (DALLOZ, 1856, 2, 158); Limoges, 25 luglio 1860 (DALLOZ, 1861. 2, 99).

dificato il corso, senza dubbio nell'interesse d'un molino, ma che traversando più terre, avea servito agli usi dei rivieraschi; si sa che la giurisprudenza li assimila ai corsi d'acqua naturali (n. 267); il che era decisivo in favore dei rivieraschi. L'esercente l'officina sollevò una nuova difficoltà; egli reclamò l'uso esclusivo dell'acqua, nella sua qualità di avente causa degli antichi proprietarî, ma non giustificava questa pretesa. Di guisa che in conclusione si rimaneva sotto l'impero dell'art. 644, ciò che dava la causa vinta ai rivieraschi (1).

307. L'applicazione del principio dell'imprescrittibilità all'azione possessoria che appartiene ai rivieraschi dà luogo ad una difficoltà molto più seria. Noi abbiamo detto che il godimento esercitato dai rivieraschi in virtù dell'art. 644 è protetto da un'azione possessoria. La giurisprudenza si fonda sul fatto, che il possesso annale del rivierasco ha una base legale, quindi implica un diritto, e la legge che accorda questo diritto deve conservarne altresì il godimento. Ma l'azione possessoria appartiene essa al rivierasco che di fatto si è impadronito dell'uso esclusivo delle acque, anche quando, uscendo dalla loro inazione, gli altri rivieraschi esercitano i diritti che loro attribuisce l'articolo 644? Non si può dire più che il godimento del rivierasco il quale di fatto, ha usato solo delle acque, sia un godimento legale, poichè la legge non gli conferisce il godimento esclusivo d'una cosa comune; al contrario, è un possesso precario, poichè da un giorno all'altro il rivierasco che non ha usato delle acque può servirsene; per conseguenza non vi è luogo all'azione possessoria. Ciò ha pure un fondamento razionale. Non si può dire che il rivierasco il quale, uscendo dalla sua lunga inazione, si serve delle acque, turba il possesso esclusivo del suo conrivierasco; non vi è turbativa, ove vi è l'esercizio d'un diritto (2).

308. Dal perchè i diritti di pura facoltà non si prescrivono, bisogna guardarsi dal conchiudere che i diritti dei rivieraschi sulle acque non possono essere estesi o ristretti mediante la prescrizione. Un rivierasco può cedere i suoi diritti in tutto o in parte ad un non rivierasco; questi diritti sono dunque in commercio, per conseguenza possono formare obbietto della prescrizione. Il principio non è contestato, ma la difficoltà sta nel conoscere sotto quali condizioni un rivierasco può prescrivere il diritto sulle acque. Occorre che vi sia un'opposizione al diritto che il rivierasco tiene dalla legge; l'opposizione dev'essere di tal natura che il diritto di pura facoltà sia invertito e mutato in servitù. Donde segue che il rivierasco, il quale vuole acquistare il diritto di servirsi esclusivamente delle acque, deve manife-

(1) Grenoble, 24 novembre 1843 (Dalloz, 1845, 2, 162).

(2) Sentenza di rigetto del 27 febbraio 1858 (Dalloz, 1868, 1, 297). La giurisprudenza e la dottrina concernenti le azioni possessorie in materia di corsi d'acqua sono riassunte in una nota di Dalloz, *ibid.*, p. 297.

stare questa volontà con un atto che costituisca il conrivierasco in mora a conservare il suo diritto, se non vuole rinunciarvi. Se costui, in luogo di rivendicare il diritto che gli appartiene in virtù della legge, non agisce, se serba il silenzio, allorchè dovrebbe respingere le pretese del suo conrivierasco come un usurpazione, bisogna credere che egli rinunci al suo diritto, e quindi diviene possibile la prescrizione (1).

La regola è certa; rimane a sapere in quali casi e sotto quali condizioni vi sia opposizione al diritto di pura facoltà ed interversione di questo. Si tratta di restringere un diritto, dunque della costituzione d'una servitù. Perchè la servitù possa acquistarsi mediante prescrizione, occorre che sia continua ed apparente, che il possesso abbia i caratteri richiesti dalla legge, ed inoltre, che sia durato trent'anni. Quanto alle condizioni richieste perchè una servitù possa costituirsi mediante la prescrizione, non vi è alcun dubbio; non vi sono che le servitù continue ed apparenti che s'acquistino col possesso. Nella specie, la servitù è continua ed apparente, poichè la presa d'acqua non si esercita senza il fatto dell'uomo, e noi supponiamo che si manifesti con lavori esterni (2). Si obbietta che non si tratta di una prescrizione acquisitiva a vantaggio di un rivierasco che ha il godimento esclusivo delle acque, che è questione pel rivierasco di perdere un diritto pel non uso e per l'opposizione fattagli da un conrivierasco. È in questo modo che valentissimi autori intendono la prescrizione in materia di corsi d'acqua (3). A noi sembra che non può essere questione dell'estinzione pura e semplice di un diritto di pura facoltà; se esso viene a cessare, si è perchè un altro rivierasco acquista il diritto che il suo conrivierasco perde; ed è precisamente siffatto acquisto di un diritto esclusivo sulle acque che fa perdere quello che il conrivierasco tiene dalla legge. Gli è così che le cose avvengono quando per convenzione un rivierasco cede il suo diritto o lo limita in favore di un conrivierasco; ora, la prescrizione tien luogo di convenzione, per meglio dire implica una rinuncia convenzionale. L'estinzione dunque del diritto dell'uno è la conseguenza dell'acquisto fatto da un altro del diritto appartenente al primo. Ciò vuol dire che la prescrizione di cui si tratta è essenzialmente acquisitiva. Sotto questo rapporto, accade delle acque correnti come delle sorgive. Il proprietario della sorgente non perde il suo diritto di libera disposizione delle acque se non quando il proprietario inferiore ha acquisito un diritto alle acque per titolo o per prescrizione. Egualmente, i rivieraschi di un ruscello non per-

---

(1) Demolombe, t. XI, p. 221, n. 178. Aubry e Rau, t. III, p. 52 e n. 34.

(2) Grenoble, 24 novembre 1843 (Dalloz, 1845, 2, 161). Sul carattere di *continuità* della servitù di acquedotto, vedi sentenza di rigetto del 5 dicembre 1855 (Dalloz, 1856, 1, 22). Se non vi sono opere *visibili* non vi è prescrizione (Grenoble, 17 maggio 1864, in Dalloz, 1865, 2, 148).

(3) Aubry e Rau, t. III, p. 52 e seg., e le note.

dono i diritti che la legge loro accorda se non per convenzione o per prescrizione.

309. La prescrizione dunque è essenzialmente acquisitiva. Rimane a conoscere quale carattere debbano rivestire le opere fatte dal rivierasco perchè egli possa acquistare un diritto esclusivo alle acque. Basterà che egli compia dei lavori di qualunque genere, sia sopra il suo fondo, sia sul fondo del vicino, e che questi lavori siano destinati a condurre le acque sopra i suoi fondi? Secondo il principio che siamo venuti esponendo, occorre altresì che queste opere implichino un'opposizione ai diritti del rivierasco contro cui si vuol prescrivere, il che ha luogo quando i lavori mettono il conrivierasco nell'impossibilità di usare delle acque. Ciò avviene quando il rivierasco superiore s'impadronisce mediante sbarramenti, d'un volume d'acqua maggiore di quello cui ha diritto in virtù dell'art. 644; i rivieraschi inferiori non potendo servirsi delle acque così deviate, sono per ciò solo costituiti in mora a respingere questa usurpazione, se vogliono conservare il loro diritto (1). Poco importa su qual fondo si eseguano i lavori; ancorchè si ammettesse, ciò che noi non crediamo, che, nel caso dell'art. 642, i lavori debbano farsi sul fondo serviente, non si potrebbe applicare questa disposizione all'uso delle acque correnti, poichè la condizione non avrebbe ragione di essere. Ciò che occorre, nella specie, è che i lavori costituiscano un'opposizione, e non si saprebbe vedere un'opposizione più energica di quella che mette il rivierasco nella impossibilità di usare del suo diritto (2).

Per lo stesso motivo, le opere compiute da un rivierasco inferiore, sia pure sul fondo superiore, non basterebbero per acquistare un diritto sulle acque in pregiudizio del rivierasco superiore. Infatti, questi lavori non impediscono al rivierasco superiore di trar profitto delle acque; essi non servono dunque che a facilitare al rivierasco inferiore l'uso delle acque stesse; ora, costui può ben servirsi delle acque durante anche mille anni, come dice un antico autore, senza che questo lungo possesso impedisca al rivierasco superiore d'usare del diritto che la natura e la legge gli accordano. Non vi è dunque opposizione contro il diritto del rivierasco superiore, nè può quindi esservi prescrizione. Vorrà dir ciò che il rivierasco inferiore non possa prescrivere l'uso delle acque? No, certamente. Soltanto occorre che il suo possesso escluda il diritto appartenente al rivierasco superiore, e poichè i lavori non bastano a ciò, sarà necessario inoltre un atto giudiziale o stragiudiziale col

(1) Sentenza di rigetto del 23 aprile 1865 (Dalloz, 1856, 1, 294), del 26 luglio 1864 (Dalloz, 1865, 1, 70), e dell'11 maggio 1868 (Dalloz, 1868, 1, 468).

(2) Pau, 27 maggio 1861 (Dalloz, 1861, 2, 183). In senso contrario, Limoges, 25 luglio 1860 (Dalloz, 1860, 2, 99); Grenoble, 17 maggio 1864 (Dalloz, 1865, 2, 148).

quale il rivierasco dichiara formalmente di opporsi a che il rivierasco superiore usi delle acque come gliene dà il diritto l'articolo 644 (1). Ciò avviene ordinariamente quando il rivierasco superiore pretende servirsi delle acque, ed il rivierasco inferiore, turbato nel suo godimento esclusivo, intenta un'azione possessoria, invocando il diritto che ha sulle acque. Se è mantenuto in possesso, vi è contraddizione formale. A partire da questo momento, il diritto del rivierasco superiore è intervertito; egli non può dire più che, se non usa delle acque, è perchè ha la facoltà di usare o di non usare, poichè tale facoltà gli si nega, gliela si proibisce, ed egli si sottomette a questa proibizione. Ciò vuol dire che ha rinunciato al suo diritto. Almeno vi sarà rinuncia o prescrizione, se rimane trent'anni senza esercitare il suo diritto o senza reclamarlo in giudizio.

Occorre necessariamente che il rivierasco inferiore ottenga la manutenzione in possesso mediante un'azione possessoria? No; può anche darsi ch'egli non riesca a farsi conservare in possesso, avendo questo ancora le apparenze di un precario. Perchè assuma il carattere di un possesso a titolo di proprietà, basta che, per atto stragiudiziale, egli faccia formale divieto al rivierasco superiore di usare delle acque. Se costui obbedisce a tale ingiunzione, non può invocare più il diritto di pura facoltà che gli è accordato dalla legge; la prescrizione incomincerà a decorrere a vantaggio del rivierasco inferiore. Questa dottrina era già seguìta nell'antico diritto. Guy Coquille dice: « Le cose che consistono in pura facoltà possono essere prescritte quando vi è stata proibizione a farle e quando, in ottemperanza alla medesima, taluno ha cessato di servirsi della facoltà per trent'anni ».

Bisogna andare più oltre ed ammettere la prescrizione a vantaggio del rivierasco inferiore solo perchè egli abbia intimata questa proibizione? ovvero deve egli inoltre giustificare un possesso trentennale che riunisca le condizioni volute dalla legge? Abbiamo risposto dianzi alla questione. Secondo il nostro parere, la prescrizione è acquisitiva, il che è decisivo.

310. Questi principî si applicano non solamente al volume d'acqua, ma altresì al modo con cui i rivieraschi ne usano. Da un tempo immemorabile, il proprietario di un molino l'aveva fatto muovere secondo il sistema delle chiuse. Avrà egli facoltà di surrogare questo sistema riconosciuto difettoso con un sistema nuovo, mettendo in movimento la ruota motrice mediante il corso dell'acqua di cui può disporre? Si suppone che questo cangiamento cagioni un pregiudizio al proprietario del molino inferiore.

---

(1) « La prescrizione, dice la Corte di cassazione, deve fondarsi sopra una contraddizione opposta all'esercizio della facoltà appartenente al rivierasco, con le condizioni di manifestazione esterna richiesta in simile caso » (sentenza di cassazione del 23 novembre 1858, in Dalloz, 1859, 1, 18). Confronta una sentenza di rigetto del 4 aprile 1842 (Dalloz, alla parola *Prescription*, n. 160), che sembra contentarsi di lavori fatti sul fondo superiore.

Costui pretende che l'uso immemorabile delle acque in certo modo costituisca una servitù in suo favore. Questa pretesa è stata respinta dalla Corte di Orléans; essa è in opposizione con i principî che abbiamo formulati, e che hanno radice nel testo medesimo del codice. Il proprietario il cui fondo è attraversato da un'acqua corrente può servirsene o no; ciò costituisce per lui un diritto di pura facoltà; pel medesimo motivo, egli ha la facoltà di fare il tale o tal altro impiego delle acque, e non è tenuto che ad una cosa verso il proprietario inferiore, cioè a restituire le acque, nell'uscire dai suoi terreni, al loro corso ordinario, non diminuite da un uso abusivo. L'uso d'un diritto di pura facoltà non può essere invocato dal rivierasco inferiore per fondarvi una prescrizione. Invano l'esercente dell'officina inferiore invocherebbe il potere moderatore che l'art. 645 conferisce ai tribunali: questo potere non giunge sino a costituire una servitù laddove vi è il semplice esercizio di pura facoltà. Non si può sostener neppure, come si è fatto, che il lungo uso abbia la forza d'un regolamento e che i tribunali debbono osservare i regolamenti, a termini dell'art. 645. Un regolamento suppone una pubblica autorità che l'abbia emanato in vista d'un interesse d'ordine generale; mentre che, nella specie, v'è semplicemente un determinato modo d'usare delle acque (1).

311. Uno stabilimento non autorizzato può invocare la prescrizione? L'azione della pubblica autorità nulla ha di comune coi diritti dei privati; essa interviene per ragioni d'interesse generale e non in quello di colui contro il quale una prescrizione decorre. Costui non ha bisogno di questo intervento per tutelare il suo diritto; egli ha trent'anni per interrompere la prescrizione; se, durante questo lungo tempo, serba il silenzio, si deve supporre che è intervenuta una convenzione tra lui e il conrivierasco; ora, i proprietari sono sempre liberi di regolare fra loro i propri interessi secondo quanto lor meglio aggrada. Queste convenzioni o queste prescrizioni che i tribunali sono chiamati a proteggere non tolgono alcun diritto all'autorità amministrativa; essa conserva tutta la sua libertà di azione (2). Diversa è la questione di sapere se un possesso contrario ad un regolamento amministrativo possa fondare una prescrizione; noi vi ritorneremo in appresso trattando del potere regolamentare.

312. In tutto ciò che abbiamo detto, si è supposto che la controversia insorga tra rivieraschi. Si domanda se un proprietario non rivierasco possa giovarsi della prescrizione. L'affermativa è ammessa dalla dottrina e dalla giurisprudenza (3). La

---

(1) Orléans, 27 gennaio 1860 (Dalloz, 1860, 2, 57 e la nota). Confronta Limoges, 25 luglio 1860 (Dalloz, 1860, 2, 99).
(2) Sentenza di rigetto del 20 gennaio 1845 (Dalloz, 1845, 1, 118).
(3) Aubry e Rau, t. III, p. 54 e nota 37. Lione, 13 dicembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 284).

questione neppur si discute, tanto la soluzione sembra evidente. L'opinione generale ammette che i non rivieraschi possono acquistare per convenzione un diritto alle acque; ora, i diritti che possono formare oggetto di convenzione cadono altresì sotto l'impero della prescrizione. Ma se, come noi crediamo, il diritto alle acque non appartiene che ai rivieraschi, se costoro non possono cederlo ad un non rivierasco, allora è difficile ammettere la prescrizione. Occorrerebbe il consenso di tutti i rivieraschi interessati per permettere ad un non rivierasco di usare delle acque; se dunque fosse invocata la prescrizione, chi la invoca dovrebbe provare che ha prescritto contro tutti i rivieraschi. Se, in realtà, si presumesse che tutti i rivieraschi abbiano consentito agli atti compiuti sopra un corso d'acqua da un non rivierasco, la prescrizione sarebbe ammissibile. Fuori di questo caso poco probabile, noi non crediamo che la prescrizione possa concedere un diritto ad un non rivierasco.

313. Quali sono gli effetti della prescrizione? È stato deciso che la prescrizione conferisce solamente a colui che l'ha acquisita il diritto di partecipare al godimento del corso d'acqua, ma che non priva il proprietario contro cui la s'invoca del diritto di servirsi delle acque accordatogli dall'art. 644 (1). Ciò è troppo assoluto. Vi è un antico adagio che determina gli effetti della prescrizione, secondo il carattere del possesso: *tantum praescriptum quantum possessum*. Per applicazione di questo principio, la Corte di cassazione ha giudicato, che colui il quale non avea usato mai delle acque se non 48 ore per settimana non poteva pretendere un diritto illimitato d'irrigazione (2). Al contrario, se uno dei rivieraschi avesse goduto esclusivamente delle acque mettendo il conrivierasco nell'assoluta impossibilità d'usarne, avrebbe certo prescritto il godimento illimitato di quelle, poichè ciò che si può acquistare per convenzione, può altresì essere prescritto. Ora, nulla impedisce ad un rivierasco d'alienare completamente il suo diritto alle acque; e se si può vendere, questo diritto potrà pure prescriversi. Perciò si può acquistare mediante la prescrizione, sia la proprietà delle acque, nel senso dell'art. 644, sia una restrizione ai diritti che l'uno dei rivieraschi possiede, in forza di questa disposizione, vale a dire, una servitù. Saranno i caratteri del possesso che decideranno se v'è acquisto della proprietà o d'una servitù. Sotto questo rapporto, vi è una differenza fra le acque correnti e le sorgenti. Noi abbiamo insegnato che il proprietario della sorgente non può trasmettere il diritto d'usare delle acque a suo arbitrio, poichè esso è inerente al fondo in cui la sorgente scaturisce; il

(1) Lione, 13 dicembre 1854 (Dalloz, 1856, 2, 284).
(2) Sentenza di rigetto del 25 marzo 1868 (Dalloz, 1868, 1, 495).

proprietario inferiore non può dunque acquistare che una servitù in forza dell'articolo 642; mentre nulla impedisce al rivierasco di cedere ad un altro rivierasco tutto il diritto che l'articolo 644 gli concede; il che è pur decisivo per la questione della prescrizione.

III. — Potere regolamentare dell'autorità amministrativa.

a) *Regolamenti generali.*

314. Si è contestato all'autorità amministrativa il diritto di regolare i corsi d'acqua non navigabili. L'articolo 644, si è detto, attribuisce ai rivieraschi un diritto assoluto d'usare delle acque, nel senso che il codice non lo subordina ad una qualsiasi condizione. Ma l'art. 644 non può essere separato dall'articolo 645 che ne è il seguito ed il complèmento. Ora, a termini di quest'ultima disposizione, se insorge controversia tra i proprietari cui le acque correnti possono essere utili, i giudici debbono osservare i regolamenti locali sul corso e l'uso delle acque. Vi sono d'altronde leggi generali, quelle del 20 agosto 1790, del 6 ottobre 1791 e del 4 florile anno XI, che incaricano le amministrazioni dipartimentali di assicurare il libero corso delle acque rivolgendole a scopi di utilità generale. È certo che queste leggi attribuiscono all'autorità amministrativa il diritto di fare regolamenti tanto sui corsi d'acqua non navigabili quanto su quelli navigabili. La sola difficoltà è di precisare i limiti di questo potere regolamentare; ora, le leggi che abbiamo citate, compresovi il codice Napoleone, sono talmente vaghe, che riesce impossibile all'interprete di constatare dove s'arresti l'intervento dell'autorità amministrativa.

Innanzi alla Corte di cassazione si è presentato il caso che segue. Un prefetto stabilì un regolamento pel torrente Eure; egli ordinava che si procedesse contro coloro i quali si permettessero di derivare le acque a loro arbitrio, e proibiva di aprire rivi nel fiume senza la preventiva autorizzazione del potere amministrativo. Innanzi alla Corte di cassazione fu contestata la legalità di questo regolamento. La legge del 1790, si dice, e quelle che furono emanate posteriormente attribuiscono, è vero, ai prefetti il diritto di prendere misure di polizia per assicurare il libero corso delle acque, ma non permettono loro di assoggettare ad una preventiva autorizzazione l'esercizio di un diritto naturale che il codice consacra nell'articolo 644. Il codice accorda formalmente a quegli il cui fondo è attraversato da un'acqua corrente il diritto di deviarne il corso entro i confini della sua proprietà; forse che un prefetto può interdire ciò che la legge autorizza? L'articolo 644 concede ai rivieraschi il diritto di servirsi delle acque per la irrigazione dei loro fondi; forse che un prefetto può modificare questo diritto

sottomettendolo all'approvazione dell'autorità amministrativa? La Corte di cassazione pronunziò che all'autorità amministrativa spettava di regolare tutto ciò che concerne la polizia delle acque e l'ordine pubblico (1). La decisione è altrettanto vaga quanto le leggi sulle quali si poggia. Si può citare ancora l'articolo 645 del codice civile che riconosce forza obbligatoria ai regolamenti concernenti l'*uso* delle acque, il che sembra investire l'autorità amministrativa d'un potere illimitato. Occorrerebbe una legge che tracciasse i limiti in cui questo potere può esercitarsi; l'interprete deve applicare le leggi, non può correggerle.

Nel Belgio, la questione si complica, perchè la nostra Costituzione accorda ai tribunali un potere più esteso che quello di cui godono in Francia. A termini dell'articolo 107: « le Corti ed i tribunali non potranno applicare i decreti e regolamenti generali, provinciali e locali, se non in quanto saranno conformi alle leggi (2) ». Qual'è l'autorità cui appartiene di fare regolamenti sui corsi d'acqua non navigabili? Secondo la legge fondamentale del 1815, la sorveglianza del regime delle acque apparteneva agli stati provinciali (art. 221). La nostra Costituzione non riproduce questa disposizione, ma attribuisce ai consigli provinciali tutto ciò ch'è d'interesse provinciale (art. 108, n. 2). Come si potrà distinguere fra i diversi interessi?

Bisogna naturalmente ricorrere alle leggi anteriori che hanno regolato diversi obbietti di utilità locale. Giungiamo quindi alla conclusione che le attribuzioni dei consigli provinciali in materia di corsi d'acqua, sono sempre regolate dalla legge del 1790 e dalle altre leggi francesi che abbiamo citate. La legge comunale non lascia alcun dubbio su questo punto; poichè incarica il collegio dei borgomastri e degli scabini di far mantenere i corsi d'acqua, conformemente alle leggi ed ai regolamenti dell'autorità provinciale (art. 90, n. 12).

La Costituzione e la legge provinciale attribuiscono il potere regolamentare ai consigli provinciali. Accanto al consiglio vi è una deputazione permanente che ha altresì delle attribuzioni in materia di corsi d'acqua, ma di regola non prende che misure di interesse particolare, riguardo alle parti che sono in causa innanzi ad essa; non sono regolamenti, ma decisioni amministrative. Non è che per eccezione se le deputazioni permanenti esercitano il potere regolamentare in caso d'urgenza e

---

(1) Sentenza di rigetto del 9 maggio 1843 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 457). Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 59 e note 60 e 61: e sentenza del tribunale di Liegi, del 5 agosto 1852, confermata da una sentenza di rigetto del 18 ottobre 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 1, 102).

(2) Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio dell'8 gennaio 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 109); del 18 ottobre 1852 (*Pasicrisie*, 1853 1, 101).

quando non è riunito il consiglio: il che avverrà ben raramente (1).

315. I consigli comunali hanno altresì un potere regolamentare sulla piccola viabilità, ma questo potere non si estende ai corsi d'acqua, dal momento che leggi speciali attribuiscono all'autorità provinciale il diritto di fare regolamenti sui corsi d'acqua non navigabili (2). In Francia si è deciso nel medesimo senso, con questa riserva però, che l'autorità amministrativa superiore può delegare i suoi poteri (3). Nel nostro ordine costituzionale, una simile delegazione non si concepisce: le attribuzioni delle autorità provinciali e locali sono fissate dalla legge, secondo i principî stabiliti dalla Costituzione, ed i poteri pubblici non si delegano. Diversa è la questione di sapere se una deliberazione presa dall'autorità comunale ed approvata dall'autorità provinciale competente avrebbe forza obbligatoria. Secondo il rigore dei principî, bisognerebbe rispondere ancora negativamente; poichè un regolamento approvato non diventa opera di colui che lo approva, ed essendo incompetente il corpo da cui emana, non vi è in realtà atto regolamentare. Tuttavia la giurisprudenza, in Francia (4) e nel Belgio (5), si è pronunziata per la validità.

Quando si dice che le autorità locali sono incompetenti per fare regolamenti circa i corsi d'acqua, si ha riguardo a ciò che concerne la direzione delle acque; ma vi sono interessi di polizia affidati ai comuni, come la sicurezza e la sanità pubblica. Allorchè trovasi in causa uno di questi interessi, l'autorità municipale è competente per regolarlo, quantunque si tratti d'un corso d'acqua. Perciò quando le acque dei fiumi sono gonfie oltre misura, ovvero quando queste acque presentano abitualmente dei pericoli per le barche ed i battelli, l'autorità locale può proibire il passaggio sulle medesime, sia per un determinato tempo sopra tutto il corso d'acqua, sia per sempre sovra i punti pericolosi. Essendo questi regolamenti presi per garentire la sicurezza dei cittadini, prevenendo gli accidenti che potrebbero minacciare la loro vita, non escono dai limiti delle attribuzioni dalle leggi affidate alle autorità locali (6). Bisogna dire altrettanto dell'igiene pubblica (7).

---

(1) Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio del 29 ottobre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 1, 158) e la requisitoria dell'avvocato generale Dewondre (*ibid.*, p. 163).

(2) Sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 30 marzo 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 299).

(3) Sentenza di rigetto della Camera criminale del 1° ottobre 1846 (Dalloz, 1846. 4, 441).

(4) Sentenza di rigetto del 29 novembre 1859 (Dalloz, 1859, 1, 489).

(5) Sentenza di rigetto dell'8 gennaio 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 108).

(6) Sentenza di cassazione della Camera criminale del 16 ottobre 1835 (Dalloz, alla parola *Commune*, n. 1015).

(7) Sentenza di cassazione del 26 marzo 1865 (Dalloz, 1865, 1, 398) e dell'8 dicembre 1865 (Dalloz, 1869, 5, 336, n. 6).

316. Lasciamo da parte le attribuzioni dei comuni in materia di corsi d'acqua; esse sono estranee ai principî che veniamo ora esponendo. Quanto alle autorità provinciali, la loro competenza è regolata da leggi che importa trascrivere, perchè i nostri lettori comprendano le difficoltà cui danno luogo.

La prima è quella del 22 dicembre 1789, così concepita (sez. III, § 2, n. 6): « Le amministrazioni dipartimentali saranno pure incaricate, sotto l'autorità e la sorveglianza del re, come capo supremo della nazione e dell'amministrazione generale del regno, di tutte le parti di questa amministrazione, specialmente di quelle che sono relative....6° alla *conservazione* delle foreste, *dei corsi d'acqua,* delle strade ». La legge, in forma d'istruzione, dei 12 e 20 agosto 1790 (cap. VI) precisa i diritti e i doveri delle autorità dipartimentali: « Esse debbono altresì ricercare ed indicare il mezzo di procurare *il libero corso delle acque,* d'impedire che le *praterie* vengano *sommerse* dalla troppo grande elevazione delle *chiuse,* i *molini* ed altre *opere d'arte* stabilite sui fiumi; di *dirigere* infine, per quanto sia possibile, *tutte le acque* del territorio verso uno scopo d'*utilità generale,* secondo i principî dell'*irrigazione* ». Viene poi la legge dei 28 settembre - 6 ottobre 1791 (tit. II, art. 16) la quale non fa che applicare quella del 1790: « I proprietari saranno obbligati a trattenere le acque ad una altezza che non nuocia ad alcuno, e che sarà fissata dal direttorio dipartimentale ». Infine l'articolo 645, incaricando i tribunali di decidere le contestazioni che insorgono tra i proprietari rivieraschi, vuole che siano osservati i regolamenti locali sopra il *corso* e l'*uso* delle acque.

317. La legge del 1790 fissa un principio generale che è fuori di ogni contestazione, cioè che l'autorità amministrativa non interviene che per iscopo di *utilità generale ;* se insorge controversia tra rivieraschi sull'uso delle acque, questa sarà di competenza dei tribunali, perchè riflette interessi puramente privati. Nulla di più semplice quanto questo principio; esso risulta dalla separazione e dalla diversa missione dei due poteri che sono chiamati ad eseguire e ad applicare le leggi, l'esecutivo ed il giudiziario. I tribunali non agiscono che quando sono investiti d'una domanda, e non vi è istanza senza interesse; è dunque essenzialmente su interessi privati che i tribunali statuiscono decidendo le contestazioni cui questi danno luogo. In quella vece il potere regolamentare dell'autorità amministrativa ha per obbietto interessi generali; quando i consigli provinciali intervengono, gli è per regolare *interessi provinciali,* come dice la nostra Costituzione, dunque interessi che risguardano una generalità di cittadini, o come dice più energicamente ancora il legislatore del 90, l'*utilità generale.* Se il principio è semplice, non è lo stesso dell'applicazione; essa tocca interessi privati; i rivieraschi sono in causa quando l'autorità amministrativa fa eseguire i suoi regolamenti, e sono in

causa quando i tribunali applicano le leggi o i regolamenti che tengono luogo di legge. Quale è dunque la linea di demarcazione dei due poteri, e come conoscere se debbano intervenire i magistrati ovvero l'autorità amministrativa? (1)

318. Bisogna attenersi al principio che l'autorità provinciale amministra e regola interessi generali, ancorchè prenda una misura che riflette interessi individuali. Dal momento che questi interessi sono in conflitto, non si tratta più d'*interessi* ma di *diritti*; la contestazione dev'essere portata innanzi ai tribunali che hanno missione di salvaguardare i diritti e di far mantenere le obbligazioni. Una sentenza della Corte di cassazione ha nettamente formulata questa distinzione. « I regolamenti sui corsi d'acqua, dice la Corte, appartengono esclusivamente all'autorità amministrativa, tutte le volte che le conseguenze di questi regolamenti possono colpire sia un *interesse generale*, sia l'*interesse di terzi* che non sono parti in causa, sia un atto emanato dall'autorità amministrativa per ordinare o proibire taluni lavori; ma spetta all'autorità giudiziaria di statuire sulle contestazioni tra i privati, quando non riflettono che la questione di conoscere quali *diritti* rispettivi sovra un corso d'acqua risultano per essi soltanto dalle convenzioni che hanno reciprocamente consentite (2) ». In un'altra sentenza si legge che « l'autorità amministrativa regola i corsi d'acqua nell'*interesse collettivo* dei rivieraschi, e l'autorità giudiziaria statuisce sulle contestazioni che insorgono tra privati in occasione del *modo di godimento* dei corsi d'acqua e delle usurpazioni che vi si possono commettere (3) ».

È principio che l'interesse generale vince l'interesse privato; quando dunque l'autorità amministrativa fa un regolamento sopra un corso d'acqua, i rivieraschi non possono impugnarlo nè dispensarsi dall'osservarlo (4). Ma la massima che subordina l'interesse privato all'interesse generale non vuol dire che il potere amministrativo possa ledere i diritti degli individui, quali risultano sia dalla legge, sia dalle loro convenzioni. L'autorità amministrativa non statuisce sui diritti, nelle sue decisioni essa sempre li riserva; se una controversia insorge circa i diritti dei privati, essa è incompetente; soltanto i tribunali hanno veste di decidere la contestazione.

---

(1) Demolombe, t. XI, p. 238, n. 199.

(2) Sentenza di rigetto del 2 luglio 1839 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 563, 10).

(3) Sentenza di cassazione della sezion penale del 16 aprile 1856 (Dalloz, 1856, 1, 359).

(4) Sentenza di rigetto del 14 febbraio 1870 della Corte di cassazione del Belgio (*Pasicrisie*, 1870, 1, 261): « Le disposizioni edittate dall'autorità amministrativa obbligano tutti gli abitanti del paese, e nessuno può infrangerle sotto il pretesto che esse ledano un interesse privato ». Confronta sentenza di rigetto del 4 aprile 1859 *Pasicrisie*, 1859, 1, 194).

319. Si sa che in Francia l'autorità amministrativa ha un potere molto più esteso di quello di cui gode nel Belgio. L'autorità amministrativa è invadente per sua natura. Più di una volta il Consiglio di Stato ha dovuto intervenire per reprimere gli eccessi di potere dei prefetti. Non sarà inutile dire alcunchè di queste usurpazioni, prima d'affrontare le difficoltà che si sono presentate innanzi alle Corti del Belgio. Un discendente d'un maresciallo dell'Impero possiede oggidì una terra che apparteneva dianzi a madama di Pompadour. Acque condotte nel parco vi formano cascate, getti di acqua che costituiscono una delle maggiori bellezze della proprietà. Insorsero contestazioni tra il proprietario e i rivieraschi inferiori sull'uso delle acque; il tribunale ebbe il torto di dichiararsi incompetente. Intervenne allora un decreto del prefetto di cui ecco talune disposizioni: egli ingiunse al duca di Conegliano di demolire una parte del muro di cinta del suo parco e di ricostruirlo in modo da rendere costantemente visibili ed accessibili, sia per la guardia del fiume, sia anche per i rivierashi interessati, diversi lavori di cui il prefetto credette ordinare la costruzione nell'interno del dominio. Il decreto arrivava fino al punto di determinare la forma ed il giuoco del getto d'acqua nei più minuti dettagli. Che diverrebbe l'inviolabilità del domicilio se si lasciasse fare all'autorità amministrativa? Le nostre vecchie consuetudini dicevano che « il più miserabile degli uomini è re nella sua casa. » Non dimentichiamoci mai che la libertà è la vita dell'individuo. Il Consiglio di Stato annullò il decreto prefettizio, non solamente per questi incredibili eccessi, ma per aver disconosciuto i limiti del potere amministrativo, il quale non può regolare che interessi pubblici o collettivi per viste d'interesse generale (1).

320. Bisogna conchiudere da ciò che l'autorità amministrativa è incompetente voltachè vi sia in causa un interesse individuale? La questione si è presentata in una lite che ebbe grande notorietà, avendo dato luogo a tre sentenze della Corte di cassazione del Belgio. Quando ritornò per la terza volta innanzi alla Corte suprema, il tribunale di Charleroi aveva ricusato di applicare una deliberazione della deputazione permanente di Hainaut che fissava l'altezza del diversivo di un'officina. Questa officina godeva d'una ritenuta più considerevole; un solo rivierasco aveva reclamato nel proprio interesse particolare: il consiglio dei ponti e delle strade riconobbe che l'altezza delle

(1) Decreto del 19 giugno 1863 (Dalloz, 1865, 3, 19). Confronta decreto del 4 maggio 1854 (Dalloz, 1855, 3, 11), che formula nettamente il principio: « Se i prefetti hanno il diritto e il dovere di regolare, per scopi di *polizia e di utilità generale*, il regime dei molini e delle officine stabilite sui corsi d'acqua non navigabili, non appartiene loro in nessun caso statuire su *diritti privati ed individuali* ». Queste decisioni essendo viziate di eccesso di potere possono essere annullate in via contenziosa, secondo la legislazione francese, vale a dire mediante un decreto del Consiglio di Stato (Vedi le autorità citate in Aubry e Rau, t. III, p. 60).

acque per nulla toccava l'interesse pubblico, ma ciò non trattenne la deputazione dal ridurla. Sembrò al tribunale che la deputazione avesse ecceduto le sue attribuzioni statuendo sopra una contestazione fra due proprietarii d'officine, circa l'altezza alla quale uno di essi pretendeva ritenere le acque. « Se è vero, dice il tribunale, che appartiene alla deputazione di regolare tutto ciò che si riferisce all'interesse pubblico della provincia, è vero altresì che essa non ha alcuna qualità per emanare decisioni sopra pretese individuali alle quali l'interesse generale, come nella specie, è completamente estraneo ». In conseguenza il tribunale ricusò d'applicare il decreto in virtù dell'art. 108 della Costituzione, a termini del quale i tribunali e le Corti non possono applicare i regolamenti se non in quanto siano conformi alle leggi.

Questa sentenza fu cassata. È certo che la deputazione aveva diritto di determinare l'altezza delle acque; la legge del 1791 che noi abbiamo citata è formale; ma si pretendeva ch'essa non potesse farlo se non per considerazioni d'interesse generale, mentre invece aveva statuito sul reclamo di un proprietario di un'officina e perciò a riguardo d'un interesse puramente privato. La questione era mal posta. L'interesse generale non impedisce che vi siano interessi privati: non è forse la somma degl'interessi privati che costituisce l'interesse generale? Poco importa dunque che l'autorità amministrativa statuisca sul reclamo di un rivierasco e che la decisione profitti a costui. Bisognava esaminare se la deputazione avesse decisa una contestazione. Ora, la contestazione suppone dei diritti, e, nella specie, il reclamante non pretendeva alcun diritto sulle acque; egli sosteneva soltanto che l'altezza cui il proprietario superiore riteneva le acque gli cagionava un pregiudizio. Egli avrebbe potuto portare la sua querela innanzi ai tribunali e domandare un regolamento d'acqua. L'autorità amministrativa, investita del reclamo, non decise quale dei due proprietarii d'officina avesse ragione, essa prese una deliberazione che non fa neppur menzione dei diritti che i rivieraschi possono avere sulle acque; fissò l'altezza come ne aveva il diritto, ed ebbe cura di aggiungere che questa misura aveva per obbietto di prevenire le inondazioni delle proprietà rivierasche. Apprezzava essa bene o male l'interesse generale che invocava? Il tribunale non aveva missione di esaminare siffatta questione, poichè non è in facoltà del giudice di censurare gli atti compiuti dall'autorità amministrativa nel limite delle sue attribuzioni (1).

321. Noi diciamo che, in questa specie, il reclamante avrebbe potuto portare la sua dimanda innanzi ai tribunali, ben inteso

---

(1) Sentenza di cassazione della Corte del Belgio del 5 novembre 1855, e le conclusioni conformi di Faider, avvocato generale (*Pasicrisie*, 1855, 1, 438).

per regolare i diritti dei rivieraschi, non già perchè i giudici stabilissero l'altezza cui uno dei rivieraschi poteva tenere le acque, questo diritto appartenendo esclusivamente all'autorità amministrativa (1), nel Belgio alla deputazione permanente. É quel che dice la legge del 1791. L'applicazione ha dato luogo ad una difficoltà che venne risoluta dalla Corte di cassazione. Un decreto, che autorizza lo stabilimento di un molino, fissa l'altezza della ritenuta d'acqua ed ordina che sia impiombato in pietra un segnale, coll'intervento dell'ingegnere in capo e del borgomastro. Il concessionario oltrepassò il limite; egli pretendeva che il segnale fosse stato collocato più in basso del dovuto. Questa pretesa, respinta dalla Corte di Bruxelles fu riprodotta innanzi alla Corte di cassazione e venne deciso che l'altezza delle acque non può essere fissata che dall'autorità amministrativa, poichè spetta ad essa vegliare a che le acque, per la loro troppo grande elevazione, non cagionino alcun danno alle strade, alle proprietà rivierasche ed alle officine. É dunque una questione di interesse generale, quantunque siavi pure in causa un interesse particolare; ma questo non permetteva ai tribunali d'intervenire, poichè per decidere a quale altezza le acque dovevano essere ritenute, avrebbero dovuto consultare l'interesse generale, il che non è nelle loro attribuzioni (2).

L'autorità amministrativa, avendo il diritto di stabilire l'altezza delle acque, ha, per ciò appunto, il potere d'imporre ai rivieraschi la costruzione delle opere necessarie ad impedire che esse siano tenute al disopra dell'altezza prescritta. Anche questa conclusione venne contestata: ma, una volta ammesso il principio, bisogna accettarne tutte le conseguenze, e questa è così evidente che è inutile insistere (3).

Ma si è pur posto in dubbio lo stesso principio. Si è sostenuto che i regolamenti provinciali che proibiscono ai rivieraschi d'elevare le loro acque al disopra della misura sono illegali. A termini dell'art. 35 della legge provinciale, i regolamenti e le deliberazioni dei consigli provinciali non possono cadere sopra obbietti già regolati da una legge; ora, vi è una legge sulla materia, cioè l'art. 457 del codice penale, che prevede il caso in cui i proprietari di officine elevassero il diversivo delle loro acque al disopra della altezza determinata dall'autorità competente. Il codice penale non punisce questo fatto se non in quanto la sopraelevazione delle acque abbia inondato le strade e le proprietà altrui. Da ciò si è dedotta la conseguenza che un re-

---

(1) Vedi AUBRY e RAU, t. III, p. 58 e nota 55 e le autorità che vi sono citate.

(2) Sentenza di rigetto del 6 giugno 1884 della Corte di cassazione del Belgio (*Pasicrisie*, 1834, 1, 262). Confronta Bruxelles, 31 dicembre 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 164).

(3) Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio del 18 ottobre 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 1, 101).

golamento fornisca il semplice fatto della sopraelevazione delle acque, ancorchè non cagioni inondazione, è contrario all'art. 457, dunque illegale. La Corte di cassazione ha condannata questa falsa interpretazione. Non si può contestare all'autorità amministrativa il potere di fissare l'altezza delle acque; e che diverrebbe questo diritto se i decreti mancassero di sanzione? Ora, l'art. 457 non ha per obbietto di sanzionare i regolamenti provinciali riguardanti le acque; il solo suo scopo è di punire un fatto dannoso. Non vi è dunque violazione di questo articolo quando un consiglio provinciale stabilisce una pena per una contravvenzione, astrazion fatta da ogni inondazione, per essere i due fatti essenzialmente distinti. Quindi non si può dire che i regolamenti amministrativi sono contrari alla legge (1).

322. Si sono sollevati altri reclami contro i decreti delle deputazioni permanenti che abbassano l'altezza del diversivo. In una specie decisa dalla Corte di cassazione, si trattava di una officina venduta dallo Stato alla casa d'Arenberg il 14 novembre 1652. Da due secoli, il proprietario esercitava questo molino con un diversivo che gli assicurava una forza motrice senza di cui non poteva agire, quando nel 1853 la deputazione permanente ridusse l'altezza dell'acqua. S'impegnò una lite. L'attore sostenne che lo si privava d'una parte essenziale della sua proprietà, il che, secondo la Costituzione e le leggi, non si poteva fare senza che lo si indennizzasse. La risposta era semplicissima e perentoria. Si può opporre il possesso, fosse anche immemorabile, allo Stato incaricato di regolare le acque? Non si prescrive contro l'interesse pubblico, perchè ciò che dicesi interesse pubblico è in realtà un dovere che lo Stato compie, e non si prescrive contro un dovere. L'autorità amministrativa ha dunque sempre il diritto, per meglio dire, il dovere di governare il corso delle acque secondo l'interesse generale. Deve forse un'indennità a coloro che sono lesi dai suoi atti? È difficile concepire che si debba un'indennità allorchè si compie un dovere. Lo Stato che espropria deve un'indennità, perchè in questo caso acquista un terreno; essendo compratore e costringendo il proprietario a vendere, è giusto che paghi il prezzo.

Si è invocata, in questa discussione, la legge del 16 settembre 1807, il cui art. 48 prescrive: « Quando, per eseguire un prosciugamento, l'apertura d'una nuova via di navigazione, od un ponte, si dovranno sopprimere molini od altre officine, spostarli, modificarli, o *ridurre l'altezza delle loro acque*, ne sarà constatata la necessità... Il prezzo della stima sarà pagato dallo Stato, quando intraprende i lavori... ». Basta leggere questa disposizione per convincersi che nulla ha di comune con l'esercizio del potere regolamentare in materia di corsi d'acqua. Lo

---

(1) Sentenza di cassazione del 19 gennaio 1854, della Corte di cassazione del Belgio (*Pasicrisie*, 1854 1, 46).

Stato che costruisce un canale acquista una proprietà a spese dei rivieraschi. Quando esso modifica il regime delle officine nell'interesse della nuova via di navigazione che apre, è giusto che indennizzi i proprietari, perchè esso trae profitto dei lavori che esegue. Ma quando l'autorità amministrativa diminuisce l'altezza d'acqua di un'officina mediante un regolamento, acquista forse un diritto nuovo? Essa nulla acquista, ma adempie ad un dovere. Si è dunque completamente all'infuori della lettera e dello spirito della legge del 1807 (1).

323. Il libero scolo delle acque è il solo motivo d'interesse pubblico che permetta all'autorità amministrativa di regolamentare i corsi d'acqua non navigabili? Si domanda se essa può regolare l'uso delle acque sotto il rapporto dell'*irrigazione*. L'affermativa non è dubbia, poichè la legge dei 12 e 20 agosto 1790, che le conferisce il diritto di dirigere tutte le acque ad uno scopo d'*utilità generale,* aggiunge « secondo i principii della *irrigazione* (2) ». Gli è pure un interesse pubblico ed il primo fra tutti, quello almeno che gli autori del codice civile citano in preferenza, l'interesse dell'agricoltura; e si tratta di conciliare quest'interesse con quello dell'industria, egualmente vitale. È vero che l'articolo 645 incarica i tribunali di conciliare questi diversi interessi, ma esso ha cura di soggiungere che, « in tutti i casi, i regolamenti particolari e locali sul corso e sull'*uso* delle acque debbono essere osservati ». Quando dunque l'autorità amministrativa ha emanato un regolamento, ai tribunali non rimane che il dovere di assicurarne l'osservanza. La Corte di cassazione di Francia ha applicato questo principio ad un corso d'acqua manufatto; ma questo canale, conosciuto sotto il nome di *Alaric,* è una derivazione dell'Adour, è dunque una acqua pubblica e non una proprietà privata. Si trovano su di esso cinquantadue officine, e serve inoltre all'irrigazione delle praterie ed ai bisogni domestici dei comuni che attraversa per un'estensione di oltre settanta chilometri. Certo vi è un interesse generale nel regolare l'uso delle acque che servono a tanti bisogni, allorchè interessi, in apparenza opposti si attraversano e cozzano fra di loro (3).

324. Le sentenze che abbiamo analizzate ammettono che la autorità amministrativa possa pure regolare i corsi d'acqua nell'interesse dell'industria. È vero che le leggi da noi riferite non parlano espressamente degl'interessi industriali, poco sviluppati alla fine del secolo XVIII, ma tuttavia non li escludono. La

---

(1) Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio del 10 luglio 1855 (*Pasicrisie,* 1855, 1, 315).

(2) AUBRY e RAU, t. III, p. 59 e nota 61 e le autorità che vi sono citate.

(3) Sentenza di Cassazione del 22 gennaio 1858, e la requisitoria del procuratore generale DUPIN (DALLOZ, 1858, 1, 89). Sentenza di cassazione della sezione penale del 3 dicembre 1858 (DALLOZ, 1858, 5, 157, n. 15). Sentenza di rigetto della sezione penale del 7 dicembre 1861 (DALLOZ, 1862, 5, 122).

espressione *utilità generale* di cui si serve il legislatore comprende tutti gli interessi. Ciò non è dubbio per quanto si riferisce all'industria (1) ed alla pubblica igiene (2). Vi è un altro interesse generale che solleva una singolare difficoltà. Le acque correnti di cui parla l'articolo 644 sono corsi d'acqua non navigabili. Si domanda se l'autorità amministrativa possa prescrivere ai rivieraschi delle misure che abbiano per oggetto di favorire la navigazione. In Francia, il Consiglio di Stato ha decisa la questione negativamente nella specie che segue. Le acque di taluni corsi d'acqua non navigabili al momento del riflusso del mare, si elevano in modo da rendere possibile, per qualche tempo, la navigazione su di essi: i rivieraschi ne profittano per trasportare i loro ricolti e gli oggetti utili al loro esercizio agricolo. Allo scopo di favorire questa navigazione intermittente, un decreto prefettizio ingiunse ad un rivierasco di non stabilire sul corso d'acqua che un ponte girante, ed ordinò a tutti i rivieraschi di lasciare lungo le ripe un marciapiede di tonneggio; infine regolò le loro obbligazioni relativamente alla polizia sempre in vista della navigazione. Il Consiglio di Stato annullò questi regolamenti, decidendo che l'autorità amministrativa non poteva prendere delle misure nell'interesse della navigazione di un corso d'acqua, finchè questo non fosse dichiarato navigabile (3). Tale decreto è in armonia con la dottrina che abbiamo esposta altrove sulla proprietà dei corsi d'acqua non navigabili (4). Non si trattava in vero, di mezzi di comunicazione, di canali destinati alla navigazione, e quindi il restringere i diritti che la legge accorda ai rivieraschi, sotto il pretesto della navigazione era imporre a costoro delle servitù a questo titolo, attentare alla loro proprietà, od almeno al diritto d'uso, che è pure una specie di proprietà. Vi è una sentenza della Corte di cassazione del Belgio che sembra contraria a questa opinione. Essa ha deciso che la deputazione permanente possa esercitare il suo potere regolamentare tanto nell'interesse della navigazione, quanto in quello delle proprietà rivierasche cui le acque possono nuocere per la loro troppo grande elevazione (5). Ma nella specie, erano pure in causa altri interessi; di guisachè la questione non si presentava quale il Consiglio di Stato l'ha risoluta. In ogni caso è inesatto il dire che i diritti dei rivieraschi possono essere modificati per un qualunque motivo di

---

(1) Sentenza di cassazione del 28 maggio 1827, Parigi 21 luglio 1828 (Dalloz, alla parola *Eaux,* n. 560, 7), e sentenza di cassazione del 2 marzo 1868 (Dalloz, 1868, 1, 153).

(2) Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio dell'8 gennaio 1843 (*Pasicrisie,* 1842, 1, 108).

(3) Decreto del Consiglio di Stato del 12 maggio 1847 (Dalloz, 1847, 3, 172).

(4) Vedi il t. VI dei miei *Principii,* n. 15 e seg.

(5) Sentenza di rigetto del 21 ottobre 1856 (*Pasicrisie,* 1857, 1, 26).

pubblica utilità; occorre almeno che questi motivi siano in rapporto con la destinazione dei corsi d'acqua. È in questo senso che la legge del 1790 dice che bisogna *dirigere le acque ad un fine di utilità pubblica* e la navigazione non ha certo rapporto alcuno coi corsi d'acqua non navigabili.

325. In applicazione di questi principii, il Consiglio di Stato ha deciso che l'autorità amministrativa non ha diritto di modificare l'ampiezza ed il regime dei corsi d'acqua non navigabili allo scopo di regolare ed ingrandire una strada destinata al passeggio che un comune si propone di costruire lunghesso un fiume. Ciò non giova punto, dice il Consiglio, ad assicurare il libero scolo delle acque a scopo di polizia e utilità generale (1). Nella specie, eravi opposizione da parte di un rivierasco che pretendeva di aver l'uso e la proprietà di tali acque. Infatti, secondo l'articolo 644, tutti i rivieraschi hanno diritto all'uso delle acque correnti.

Vi sono acque private, cioè i canali artificiali che servono a dar moto alle officine. Si domanda se l'autorità amministrativa possa imporre un regolamento a queste acque, per viste d'utilità generale, ad esempio per prevenire le inondazioni. L'affermativa è consacrata dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (2). Vi è tuttavia una ragione di dubbio. L'autorità amministrativa può forse ingerirsi nell'esercizio del diritto di proprietà? No, certamente; è ammesso anche in Francia, che l'autorità amministrativa non ha potere regolamentare sulle sorgenti (n.° 179). È vero che la legge del 1790 dice che *tutte* le acque debbono essere indirizzate ad uno scopo di utilità generale, ma questa disposizione suppone acque pubbliche, acque correnti, come dice l'articolo 644 del codice civile; la prova che questa legge non può essere estesa alle acque private sta appunto in ciò che non è applicabile alle sorgenti. Nella specie decisa dal Consiglio di Stato, si trattava della gora di un molino. Ciò muta affatto la questione; se si ammette colla dottrina e la giurisprudenza che l'autorità amministrativa ha la polizia delle officine, le si deve altresì riconoscere il diritto di regolare le acque che le fanno muovere, giacchè il suo intervento ha luogo in rapporto precisamente alle acque. La nostra conclusione è dunque che l'autorità amministrativa non ha diritto di regolamentare i corsi d'acqua privati, salvo che non servano al movimento di un'officina.

326. Il potere regolamentare trova vincoli e limitazioni al suo esercizio, nei possessi e nelle convenzioni dei rivieraschi o nelle sentenze che hanno precedentemente regolato i loro diritti? La negativa è universalmente ammessa dagli autori e

---

(1) Decreto del 18 agosto 1856 (Dalloz, 1857, 3, 19).
(2) Decreto del 24 gennaio 1856 (Dalloz, 1857, 3, 16).

dalla giurisprudenza. A primo aspetto, questa dottrina sorprende ed è quasi in opposizione coi nostri principî sulla proprietà. Secondo l'opinione nostra, i rivieraschi sono proprietarii dei corsi d'acqua navigabili; per lo meno vi hanno, nell'opinione generale, un diritto d'uso ch'è nel loro dominio dacchè si permette loro di disporne. Si può ammettere che l'autorità amministrativa intervenga a regolare diritti privati, senza tener conto nè delle convenzioni delle parti interessate, nè della prescrizione, nè delle sentenze? Noi abbiamo risposto dianzi all'obbiezione. Anche supponendo che i rivieraschi abbiano la proprietà delle acque correnti, tale proprietà è subordinata all'interesse generale, non è già la proprietà assoluta dell'art. 544. Ora, sarebbe impossibile all'autorità amministrativa di tutelare l'interesse pubblico, se dovesse rispettare i possessi, le convenzioni e le sentenze che li regolano; poichè è precisamente lo stato delle cose risultante da questi fatti che essa vuole modificare, come ne ha la missione ed il potere. Ecco perchè quando ha emanato un regolamento, i tribunali sono obbligati ad osservarlo ed applicarlo. La legge ha affidato all'autorità amministrativa il regolamento delle acque, appunto perchè l'uso delle medesime attiene all'utilità generale. Qui si può dire che il diritto della società domina sui diritti degli individui, poichè questi ultimi risguardano casi che per loro natura rimangono sottoposti all'azione della pubblica autorità (1).

In questo senso la Corte di cassazione ha deciso che « i regolamenti dall'epoca della loro pubblicazione divengono la legge dei rivieraschi, e le loro prescrizioni sono sostituite, di pieno diritto, a tutti i modi di godimento delle acque appartenuti fino allora ai rivieraschi, sia in virtù di titoli, sia in qualsiasi altro modo »; che tutti i diritti anteriori « sono posti nel nulla dalle decisioni prefettizie le quali debbono solo ed esclusivamente servire di regola ai rivieraschi (2) ». Identica è la giurisprudenza del Consiglio di Stato (3). Ciò suppone, come dicemmo, che oggetto del regolamento è di modificare lo stato dei possessi, risultante dai titoli, dalla prescrizione o dalle sentenze. Può darsi che il nuovo regolamento conservi gli antichi titoli, nel senso che le sue disposizioni si conciliano con i titoli particolari. È certo che un regolamento potrebbe riservare espressamente i diritti fondati su titoli; questa riserva può essere anche implicita, non dovendo l'autorità amministrativa toccare i diritti degli individui se non quando sia richiesto dalla necessità pubblica: è quanto ha giudicato la Corte di Rouen (4).

---

(1) PROUDHON, *Du domaine public*, t. IV, n. 1521-1525. DEMOLOMBE, t. XI, p. 240, n. 199. DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 355.

(2) Sentenza di rigetto del 31 agosto 1863 (DALLOZ, 1864, 1, 43).

(3) Decreti del 17 gennaio 1831; del 29 ottobre 1830; del 13 novembre 1835 e del 13 febbraio 1840 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, nn. 467, 465, 1°; 470, 2°; [illegible], 1°; 466, 2).

(4) Rouen, 13 dicembre 1824 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 333).

327. Se un rivierasco si pretende leso da un regolamento, potrà domandare i danni-interessi? La questione si presenta sotto diversi aspetti. Si può domandare anzitutto se un rivierasco abbia diritto ad un'indennità contro lo Stato quando un regolamento gli toglie un godimento ch'egli ha avuto per un tempo più o meno lungo. Abbiamo già dato risposta a ciò (numero 322): lo Stato non può esser tenuto a pagare un'indennità quando compie un dovere e non lede alcun diritto, poichè i rivieraschi non hanno diritto assoluto che possano opporre allo Stato. Diversa è la questione di sapere se uno dei rivieraschi può agire contro un conrivierasco. Qui bisogna distinguere. Un primo punto è certo: se sono intervenute delle convenzioni tra rivieraschi, e se ne risulta un'azione di garanzia, di restituzione del prezzo, o di danni-interessi, s'intende da sè che il regolamento non toglie alle parti interessate il diritto di agire in giudizio (1). La vera difficoltà è questa. Il regolamento priva un rivierasco di una porzione delle acque di cui godeva e l'attribuisce ad un altro rivierasco: il primo può forse agire contro il secondo per i danni-interessi? È stato deciso che l'uso delle acque dà luogo, tra rivieraschi, a diritti risultanti da titoli o dalla prescrizione; che questi diritti cedono per vero innanzi agli atti dell'autorità amministrativa, perchè essa agisce per scopi d'interesse generale; ma che la parte lesa non ha meno il diritto di reclamare un'indennità dal conrivierasco che si arricchisce a sue spese (2). La massima ci sembra dubbia. Quando uno dei rivieraschi s'avvantaggia, mentre l'altro perde, può dirsi che uno si arricchisce a spese dell'altro? Se la modificazione nel regime delle acque risultasse dal fatto di uno dei rivieraschi, si potrebbe invocare la massima che proibisce d'arricchirsi a spese altrui. Ma, nella specie, il regolamento è stato emanato in vista del pubblico interesse, non già in quello del rivierasco che ne profitta. Se un atto dell'autorità procura vantaggio ad una persona e nuoce ad un'altra, avrà costei un'azione di danni-interessi contro la prima? Certo che no. Il regresso per causa di lesione innanzi ai tribunali non può basare sopra un semplice pregiudizio, quando il convenuto non è l'autore del fatto dannoso, quantunque ne profitti. Non può esservi azione, in questo caso, se non quando è fondata sulla lesione di un diritto, il che rientra nella prima ipotesi.

Abbiamo supposto un semplice regolamento d'acqua, vantaggioso ad uno dei rivieraschi, dannoso all'altro. Il caso sarebbe affatto diverso se l'autorità amministrativa permettesse ad un rivierasco di fare taluni lavori, e se l'esecuzione di questi lavori cagionasse un pregiudizio ad un altro rivierasco. In questo

---

(1) PROUDHON, *Du domaine public*, t. IV, n. 1525.
(2) Agen, 24 e 26 luglio 1865 (DALLOZ, 1865, 2, 189 e 190). Nel medesimo senso AUBRY e RAU, t. III, p. 60, e nota 64.

caso vi è un fatto dannoso, e se non vi fosse autorizzazione amministrativa, la partè lesa avrebbe senza alcun dubbio un'azione di danni-interessi. Si tratta dunque di sapere se l'autorizzazione dell'autorità amministrativa abbia per effetto che uno dei rivieraschi possa nuocere impunemente al suo conrivierasco. No, certamente. Di regola l'autorità amministrativa aggiunge la clausola che il concessionario risponderà del danno che i lavori potessero cagionare (1). Ancorchè questa riserva non si trovi nella concessione, vi è sottintesa, poichè l'autorità amministrativa non può concedere ad un individuo il diritto di cagionare un pregiudizio ad un altro (2.

328. Un rivierasco il quale pretende che un regolamento leda i suoi diritti ne può domandare la nullità. La nostra legge provinciale attribuisce al re il diritto d'annullare gli atti dei consigli provinciali che eccedono le loro attribuzioni; egli ha il medesimo diritto per gli atti delle deputazioni permanenti (art. 89 e 116): gli atti che non sono stati annullati dal re possono esserlo ancora dal potere legislativo. Il rivierasco il quale pretende che l'autorità provinciale abbia esorbitato dalle sue attribuzioni statuendo su diritti privati, potrà indirizzare dunque il suo reclamo, sia al re, sia alla camere. Potrà egli altresì domandare ai tribunali l'annullamento d'un regolamento amminstrativo? La negativa è evidente; i tribunali non possono mai annullare gli atti emanati dal potere esecutivo; ma hanno il diritto ed il dovere di esaminarne la legalità, e di non applicarli se risultino illegali. In questo senso, la parte lesa può portare il suo reclamo innanzi ai tribunali (3) (Costituzione belga, art. 107).

Si domanda se il rivierasco leso possa promuovere l'azione possessoria all'effetto di essere conservato nel possesso contro un atto dell'amministrazione provinciale. La Corte di cassazione del Belgio ha deciso e con ragione, che l'uso delle acque correnti essendo sempre subordinato all'interesse generale cui debbono cedere gl'interessi particolari, ne risulta che i rivieraschi non hanno un diritto di possesso che possa fondare un'azione di reintegranda o di manutenzione. Nel loro godimento havvi un miscuglio di proprietà o di precarietà; essi sono comproprietarii riguardo ai loro conrivieraschi; fra di essi v'è dunque luogo ad azioni fondate sul possesso. Ma riguardo all'autorità amministrativa, non hanno che un possesso precario, che può essere modificato da un giorno all'altro. Donde segue che non possono dolersi d'una turbativa; la sola cosa che possono fare,

---

(1) Confronta sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio del 9 luglio 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 390).

(3) Sentenza di rigetto del 23 maggio 1831 (Dalloz, alla parola *Manufactures*, n. 170, 4) e del 2 gennaio 1832 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 572, 6).

(3) In Francia non si ammette la domanda in nullità di un'ordinanza prefettizia per via contenziosa. Vedi la giurisprudenza del Consiglio di Stato, in Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 439.

è di rivolgersi all'autorità amministrativa la quale può sempre modificare le sue decisioni (1).

329. Quando un regolamento è stato emanato dall'autorità provinciale, ha forza di legge. Ciò è incontestabile in quanto concerne gli interessi generali che formano l'obbietto di questi regolamenti. È egli lo stesso per gl'interessi privati dei rivieraschi? Essi possono regolarli fra di loro come meglio credono; e se le convenzioni sono valide, non vi sarà luogo, per conseguenza, alla prescrizione? Regna qualche incertezza su ciò; il motivo di dubitare deriva dal conflitto dei diversi interessi che sono in causa in materia di corsi d'acqua. Secondo la nostra opinione sulla proprietà di queste acque, si potrebbe dire che i rivieraschi essendo proprietarii dei fiumi non navigabili, debbono avere il diritto di regolare essi medesimi i loro rapporti, purchè non ledano l'interesse generale che forma oggetto del regolamento. In questi limiti, noi crediamo che le convenzioni dei rivieraschi sono valide, e che per conseguenza possa avverarsi la prescrizione (2). Ma il più delle volte gl'interessi individuali sono inseparabili dell'interesse generale, nel senso che il regolamento determinando, sotto il punto di vista della pubblica utilità, l'uso che i rivieraschi possono fare delle acque, non potrebbero essi fare convenzioni su quest'uso senza derogare al regolamento. Il che non è lecito, non potendo i privati derogare a leggi d'interesse pubblico (3). Le convenzioni contrarie ad un regolamento sulle acque sono dunque nulle. E se le convenzioni sono nulle, non può neppure costituirsi alcun diritto contrario ad un regolamento per via di prescrizione. Non si prescrive contro l'interesse pubblico. Come mai vi sarebbe una prescrizione fondata sopra una violazione della legge? La violazione della legge diverrebbe forse un diritto se fosse ripetuta per trent'anni, vale a dire aggravata per effetto di questa stessa ripetizione? La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel riprovare simili fatti (4).

b) *Delle concessioni.*

330. L'autorità amministrativa interviene per via di concessione quando autorizza lo stabilimento di un'officina o di lavori

---

(1) Sentenze di rigetto dell'8 gennaio 1842 (*Pasicrisie*, 1842, 1, 108), del 6 giugno 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 1, 262) e del 9 luglio (*Pasicrisie*, 1846, 1, 390).

(2) Confronta Grenoble, 17 agosto 1842 (Dalloz, 1845, 2, 161); Daviel, *Des cours d'eau*, t. II, p. 76.

(3) Vedi il t. I dei miei *Principii*, n. 47 e seg.

(4) Aubry e Rau, t. III, p. 54 e nota 38. Sentenza di rigetto del 24 giugno 1841 (Dalloz, alla parola *Prescription*, n. 152); Parigi, 30 aprile 1844 (Dalloz, 1845, 2, 162); Bordeaux, 8 maggio 1850 (Dalloz, 1852, 2, 170). Sentenza di cassazione dell'8 marzo 1868 (Dalloz, 1868, 1, 153).

destinati alla irrigazione. A vero dire, essa nulla concede in materia di corsi d'acqua non navigabili, poichè i rivieraschi derivano il loro diritto dalla legge, la quale non fa che consacrare il diritto concesso dalla natura. Se interviene, gli è per regolare l'esercizio del diritto dei rivieraschi, in modo da conciliare il loro interesse con quello degli altri rivieraschi e con l'interesse generale, come abbiamo detto più addietro (nn. 314 a 316). Le concessioni hanno dunque, come i regolamenti, un duplice carattere; esse sono accordate per iscopo d'interesse particolare, ed hanno altresì tratto all'interesse generale; ma il primo vi è dominante, a differenza di quello che accade dei regolamenti. Anzitutto l'autorità amministrativa interviene in base alla domanda di un rivierasco, mentre il potere regolamentare agisce per via d'iniziativa, come il potere legislativo. Di più la concessione è accordata per viste d'interesse individuale; per meglio dire, si tratta di un diritto individuale che viene esercitato dal rivierasco, e sottoposto a speciale regolamento da parte dell'autorità amministrativa; i regolamenti al contrario sono emanati, sopratutto, per ragioni d'interesse pubblico, quantunque nella loro applicazione governino interessi privati. Tale è il principio (1); vediamo ora le conseguenze che ne risultano.

331. La concessione regola l'esercizio d'un diritto preesistente, essa non ne conferisce alcuno al concessionario. È certo che costui non può prevalersene come d'un diritto acquisito riguardo all'autorità amministrativa; questa intenviene sempre in causa d'un pubblico interesse, e non si può opporre un diritto, per meglio dire, un interesse privato all'interesse pubblico; molto meno ancora si può fondare un diritto sopra un atto del potere amministrativo. Le autorità che agiscono nell'interesse pubblico, tanto il potere esecutivo che il potere legislativo, possono sempre ritornare su ciò che hanno fatto, abrogando i loro atti o modificandoli; non vi è diritto acquisito contro lo Stato. Donde il principio che le concessioni in materia di corsi d'acqua sono essenzialmente revocabili, e la revoca avviene, come abbiamo già detto, senza che il concessionario abbia diritto ad una indennità, almeno in virtù della concessione. Se egli abbia diritti preesistenti contro un conrivierasco, potrà farli valere in giudizio (2), giacchè dalla natura delle concessioni risulta pure che esse non possono dare nè togliere diritto alcuno.

Qual'è dunque l'effetto che le concessioni producono rispetto agli altri rivieraschi? In certo senso, possono opporsi a costoro; come vedremo più innanzi, uno stabilimento autorizzato ha una esistenza legale, poichè è fatto in virtù della legge, con

(1) Confronta DEMOLOMBE, t. XI, p. 234, n. 193.
(2) Ordinanza del Consiglio di Stato del 18 novembre 1842 (DALLOZ alla parola *Eaux*, n. 470, 1°).

l'autorizzazione del potere amministrativo competente, donde segue che i rivieraschi lesi non possono domandare ai tribunali la distruzione. Essi non possono neppure pretendere che vengano modificate le opere esistenti; il diritto di modificarle spetta soltanto all'autorità amministrativa che le ha concesse, ed è quindi a questa che le parti interessate debbono indirizzare i loro reclami. Poichè le concessioni non conferiscono alcun nuovo diritto al concessionario, e non ne tolgono agli altri rivieraschi, i diritti di tutti gli interessati rimangono, dopo la concessione, ciò che erano prima; ora, tutti coloro che hanno un diritto possono farlo valere in giudizio. Dunque i rivieraschi lesi dalla concessione possono agire innanzi ai tribunali perchè siano mantenuti i loro diritti. Ma come potrà il magistrato tutelarli se non ha facoltà di pronunziare la soppressione dei lavori? A ciò non vi è che un mezzo, quello d'accordare i danni-interessi al rivierasco leso. Si dirà che ciò farà nascere un conflitto tra l'autorità giudiziaria e quella amministrativa, poichè il magistrato condannerà a pagare un'indennizzo colui che ha agito con l'autorizzazione del potere amministrativo? A dire il vero, non vi è conflitto. Infatti, l'autorizzazione non è accordata che fatti salvi i diritti dei terzi. Questa clausola ordinariamente è inserita nell'atto di concessione, ed ancorchè non vi si trovi, si sottintende, poichè è dell'essenza stessa della concessione. Questa non conferisce alcun diritto al concessionario contro gli altri rivieraschi; costoro conservano i diritti che avevano prima. In conclusione il giudice deciderà la contestazione secondo la legge o secondo i titoli che s'invocheranno innanzi a lui, senza tener conto della concessione; egli non disfà ciò che l'autorità amministrativa ha fatto, conserva a ciascuno il suo diritto, e se vi è un diritto leso, ordinerà il risarcimento del danno (1).

Rimane a sapere quando vi sia lesione di un diritto. I diritti dei rivieraschi si fondano, sia sulla legge, sia sovra i titoli. Abbiamo già detto quali siano i diritti che l'art. 654 accorda ai rivieraschi, e come possano essere modificate dalle convenzioni o dalla prescrizione. I diritti legali o convenzionali sono posti sotto la salvaguardia della giustizia, siccome qualunque specie di diritti. In materia di corsi d'acqua vi è questo di speciale, cioè che avendo tutti i rivieraschi diritti eguali, l'uno non può usare del suo diritto in modo da cagionare un pregiudizio agli altri; dal momento dunque che vi è un pregiudizio, vi è un diritto leso e per conseguenza vi è luogo a riparazione. Inoltre i tribunali hanno un potere moderatore, ed in un certo senso un potere regolamentare, sul quale dovremo ritornare.

---

(1) Liegi, 25 gennaio 1844 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 46). Bruxelles, 8 giugno 1856 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 315).

332. Il principio che le concessioni non conferiscono alcun diritto al concessionario non è vero che per gli atti emanati dall'autorità amministrativa dietro le nuove leggi promulgate dopo il 1789. Noi abbiamo detto innanzi che sotto l'antico regime, l'autorità amministrativa si confondeva con la sovranità; i signori esercitavano sui corsi d'acqua un diritto molto più esteso di quello che appartiene oggi all'autorità amministrativa. Quasi dappertutto essi erano considerati come proprietari dei corsi d'acqua non navigabili, potevano per conseguenza alienarli in tutto od in parte; donde segue che le concessioni conferivano un diritto di proprietà al concessionario. Ove i signori non erano proprietari, esercitavano un diritto di polizia e di sorveglianza, ultimo avanzo della sovranità feudale; in virtù di questo potere, facevano ugualmente delle concessioni che equivalevano ad una alienazione e trasferivano al concessionario la proprietà dalla acque. Le leggi che hanno abolito il feudalismo non hanno attentato ai diritti di proprietà acquisiti sotto l'antico regime. È dunque ammesso nella dottrina e nella giurisprudenza che le concessioni anteriori al 1789 hanno conferito ai rivieraschi concessionari diritti di proprietà che essi possono far sempre valere contro gli altri rivieraschi. S'intende da sè che questi diritti sono passati ai loro aventi causa (1).

333. Abbiamo supposto che le concessioni siano fatte nei limiti del potere che la legge accorda all'autorità amministrativa. Che bisognerebbe decidere se si oltrepassassero questi confini? In luogo di intervenire per considerazioni d'interesse generale, esse statuiscono sopra diritti individuali; potrà il rivierasco leso chiedere l'annullamento di quest'atto illegale? In Francia, vi è un tribunale amministrativo superiore, il Consiglio di Stato, che conosce dei ricorsi prodotti contro gli atti dell'autorità amministrativa. La giurisprudenza del Consiglio di Stato non ammette le domande di nullità in via contenziosa; mentre la dottrina consente, almeno in taluni casi, l'annullamento degli atti amministrativi, allorchè sono estranei al pubblico interesse (2). Nel Belgio, non vi è Consiglio di Stato; non può dunque essere questione che di un ricorso innanzi ai tribunali. Potrebbero questi annullare un atto dell'autorità amministrativa che ledesse il diritto di un rivierasco? Se si trattasse di un regolamento provinciale, bisognerebbe ricorrere all'art. 107 della Costituzione, a termini del quale i tribunali non possono applicare i regolamenti se non in quanto siano conformi alle leggi; se sono illegali, il magistrato non li annulla, ma non ne tiene alcun conto. Che si dirà degli atti amministrativi diversi dai regolamenti? La legge provinciale attri-

(1) Demolombe, t. XI, p. 195, n. 159 e le autorità che cita. Confronta il t. VI dei miei *Principii*, n. 14.
(2) Aubry e Rau, t. III, p. 55, nota 41. Demolombe, t. VI, p. 125, n. 173.

buisce al re il diritto d'annullare gli atti emanati dalle deputazioni permanenti (art. 116); nessuna legge accorda questo potere ai tribunali. Sarebbe contrario alla separazione ed all'indipendenza dei poteri pubblici, che il potere giudiziario annullasse ciò che il potere esecutivo ha fatto. Bisogna dir dunque delle concessioni ciò che la Costituzione dice dei regolamenti: se sono illegali, i tribunali non ne terranno alcun conto. Noi diremo più innanzi quale sia l'estensione della facoltà dei tribunali su questa materia.

334. Se un rivierasco, senza il consenso dell'autorità amministrativa, facesse dei lavori pei quali è richiesta dalle leggi o dai regolamenti un'autorizzazione, questi lavori non avrebbero esistenza legale riguardo all'autorità amministrativa, che per conseguenza avrebbe il diritto di ordinarne la soppressione. È questo l'effetto logico della necessità dell'autorizzazione (1). Su di ciò non vi è alcun dubbio. Ma quale sarà il valore di queste opere non autorizzate riguardo agli altri rivieraschi? Noi vedremo in appresso se possono domandarne la soppressione. È certo che se un'opera non autorizzata cagionasse loro un pregiudizio, possono chiedere i danni-interessi. Da sua parte il rivierasco che ha fatto queste opere può agire in giudizio, se è turbato nel suo possesso? Può questo possesso condurre alla prescrizione? A primo aspetto, si è tentati di pronunciarsi contro il rivierasco che ha contravvenuto alla legge eseguendo dei lavori senza alcuna autorizzazione; può mai un atto illegale produrre effetti giuridici in favore di chi ne è l'autore? Qui bisogna ricordarsi lo scopo pel quale la legge richiede l'intervento dell'autorità amministrativa. È per tutelare gl'interessi generali; dunque la sola autorità amministrativa, custode di questi interessi, può trar profitto dalla inosservanza della legge. Riguardo agli altri rivieraschi, e sotto il punto di vista degli interessi puramente privati, lo stabilimento non è illegale dal momento che non lede i loro diritti; ora, il solo diritto che essi hanno, è di servirsi delle acque, e questo diritto appartiene egualmente al rivierasco che ha fatto delle opere non autorizzate; se gli altri rivieraschi possono dolersi del pregiudizio che egli cagiona loro, costui, dal suo canto, può chiedere il risarcimento del danno che gli arrecano i conrivieraschi. La dottrina e la giurisprudenza sono d'accordo su questo punto (2).

---

(1) PROUDHON, *Du domaine public*, t. IV, n. 1261. AUBRY e RAU, t. III, p. 58 e nota 56 e le autorità che vi sono citate.

(2) Caen, 28 settembre 1824 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 255, 1°). AUBRY e RAU, t. III, p. 59 e nota 57 e le autorità citate ivi.

IV. — Potere regolamentare dei tribunali.

a) *Obbietto di questi regolamenti.*

335. Abbiamo già trascritto l'articolo 645, a termini del quale i tribunali chiamati a decidere le contestazioni tra rivieraschi « debbono conciliare l'interesse dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà ». Ciò implica che godono, in materia di corsi d'acqua, d'un potere moderatore, che d'ordinario non hanno. Sotto questo aspetto l'articolo 645 consasra una regola speciale. Questa specie d'eccezione si comprende assai bene. I diritti dei rivieraschi non sono una proprietà assoluta; se si trattasse d'una vera proprietà, quale è definita dall'articolo 544, nulla vi sarebbe a conciliare, il giudice dovrebbe mantenere ciascuno nel suo diritto. Non è lo stesso d'una proprietà indivisa di cui un gran numero di persone ha il diritto d'usare ad egual titolo; il diritto dell'uno modifica necessariamente il diritto dell'altro. Ma in quale misura? Qui sorge in campo la conciliazione ; l'agricoltura, l'industria, la proprietà si disputano l'uso delle acque; ecco interessi in apparenza opposti, ostili; in realtà tutti invece concordano e debbono armonizzarsi. La missione dei tribunali è di stabilire quest'armonia tra rivieraschi. È in tale intento che essi debbono esercitare il potere regolamentare attribuito loro dalla legge.

336. L'articolo 645 non conferisce espressamente ai tribunali la facoltà di fare dei regolamenti. Ma quando l'autorità giudiziaria si vale del potere moderatore che la legge le accorda, non può esercitarlo che per mezzo di regolamenti. Se il codice non usa questa parola, gli è per non mettersi in opposizione con l'articolo 5, secondo cui è proibito ai giudici di pronunciare per via di disposizioni regolamentari sulle cause ad essi sottoposte. Il potere regolamentare dei tribunali differisce dunque grandemente dal potere domandato all'autorità amministrativa. Questa fa dei regolamenti che han forza di legge generale o locale, secondo che emanano dal re, dalle provincie o dai Comuni. L'autorità amministrativa ha dunque, nei limiti delle sue attribuzioni, un potere legislativo, nel senso che procede come questo potere. Essa interviene quando lo stima necessario od utile, dal punto di vista degli interessi generali di cui ha la direzione; a lei spetta l'iniziativa al pari che al potere legislativo e per la medesima ragione. Agendo nell'interesse pubblico, i suoi atti hanno per ciò appunto un effetto generale; essi obbligano tutti coloro sui quali si estende il potere dell'umanità che emana il regolamento, su tutti gli abitanti del regno, sovra una provincia, o sopra un Comune.

Sotto tutti questi rapporti, l'azione dei tribunali differisce da quella dell'autorità amministrativa. Essi non pronunciano sopra interessi d'indole generale, ma decidono le contestazioni che insorgono tra privati, e quindi su diritti individuali. Le loro pronunzie sono dunque individuali, il che implica che le parti interessate debbono investirli della loro domanda; finchè nessuna azione è portata innanzi ad essi, non vi è contestazione, dunque nulla a decidere. L'articolo 645 non deroga a questi principî che sono dell'essenza stessa del potere giudiziario (1); esso non contiene neppure la parola *regolamento;* se la dottrina e la giurisprudenza riconoscono loro il diritto di regolamentare l'uso delle acque, s'intende da sè che questi regolamenti sono decisioni giudiziarie e che per conseguenza hanno tutto il carattere di una sentenza. Tale è il principio; noi ne dedurremo le conseguenze.

337. I tribunali non possono far regolamenti sull'uso delle acque che allorchè ne sono investiti. Vuol dire ciò che le parti interessate debbono domandare un regolamnnto d'acqua al magistrato? La Corte di cassazione ha deciso più d'una volta che ciò è necessario. Infatti, l'articolo 645 dice semplicemente che se insorge una contestazione tra i rivieraschi, i tribunali concilieranno gli opposti interessi. È dunque un diritto che la legge lor conferisce, per meglio dire una missione di cui l'incarica, essi non la derivano dalle parti che sono in causa, ma dalla legge. Sotto questo rapporto, vi è qualche analogia tra il potere regolamentare del magistrato e quello dell'autorità amministrativa. Ma la differenza radicale sussiste sempre; il tribunale dev'essere investito di una *contestazione;* senza di ciò non vi sono parti in causa, e senza parti non vi è giudizio possibile, nè per conseguenza regolamento. Dal principio che non occorre domanda di regolamento, segue che le parti possono ancora dimandarlo in appello, e che, anche senza domanda, il magistrato d'appello può regolare l'uso delle acque. Non si potrebbe dire che sia questa una domanda nuova che deve passare per i due gradi di giurisdizione, poichè non occorre alcuna domanda (2).

338. É necessaria una contestazione. Quali contestazioni possono e debbono essere portate innanzi i tribunali? L'autorità amministrativa ha azione sulle acque sia a mezzo di un regolamento generale, sia per via di concessione particolare: essa riflette quindi anche interessi individuali. Quando saranno competenti i tribunali? quando le sarà l'autorità amministrativa? Su questo punto delicatissimo troviamo preziose considerazioni

(1) DEMANTE, *Cours analytique*, t. II, n. 496 *bis* II. DEMOLOMBE, t. XI. p. 220, n. 185

(2) Sentenze di rigetto del 19 luglio e 18 dicembre 1865 (DALLOZ, 1866, 1, 40 e 255.)

in una sentenza del tribunale di Castres che la Corte di Tolosa ha confermata adottandone i motivi, e che ha ricevuto nuova conferma da una sentenza di rigetto. Si può dire in termini generali che l'autorità amministrativa amministra, e che i tribunali giudicano, vale a dire decidono le contestazioni che insorgono tra i rivieraschi sui loro *diritti* rispettivi. Nella legislazione belga, questo carattere è decisivo, poichè a termini della nostra Costituzione, i tribunali sono esclusivamente competenti per decidere le contestazioni che hanno per obbietto *diritti* civili; noi non abbiamo più giurisdizione amministrativa in materia di diritti civili. Ancora, è difficile precisare il senso di questa espressione. In Francia, la difficoltà è molto maggiore poichè vi sono tribunali amministrativi che giudicano anche i litigi su diritti civili. Si hanno, dice la sentenza che noi analizziamo, due ordini d'interessi nelle contestazioni che scindono i rivieraschi dei corsi d'acqua non navigabili. Anzitutto gl'*interessi generali* che si rannodano alla polizia ed al regime delle acque; noi abbiamo detto innanzi quali sono questi interessi; la sola autorità amministrativa è competente per regolare ciò che concerne l'interesse pubblico. Vi sono poi gli *interessi privati* dei rivieraschi: noi preferiamo l'espressione *diritti individuali;* poichè l'autorità amministrativa statuisce pure sopra interessi privati, quando accorda delle concessioni, ma non decide le contestazioni che insorgono tra i rivieraschi circa i loro diritti rispettivi. Uno dei rivieraschi pretende che l'altro abusi del dominio comune che appartiene a tutti, in virtù dell'art. 644 e chiede che il tribunale reprima questo abuso di godimento, e regoli i diritti delle parti che sono in causa. Ecco una controversia che tanto in Francia quanto nel Belgio, dev'essere portata innanzi ai tribunali. « Spetta all'autorità giudiziaria, dice la Corte di cassazione, il pronunziare sulle contestazioni che sorgono tra privati e per ragione di privato interesse circa il modo di godimenti dei corsi d'acqua e le usurpazioni che possono esservi commesse (1)».

I rivieraschi hanno facoltà di modificare mediante private convenzioni i diritti che la legge loro accorda. Le controversie che nascono fra di essi sull'esecuzione di queste convenzioni, sono di esclusiva competenza dei tribunali. A rigor di principio, i diritti convenzionali sono diritti privati o *civili,* come dice la nostra costituzione. Nella specie, si potrebbe obbiettare che i diritti privati riflettono interessi generali, che non appartiene ai tribunali di regolare. Vi ha, è vero, nelle controversie che sorgono circa le acque un misto d'interessi particolari e d'interessi generali, che è fonte inesaurabile di difficoltà. Ma i diritti che formano oggetto delle contestazione tra rivieraschi non concernono l'interesse generale; le convenzioui dei privati non

---

(1) Sentenza di rigetto del 16 aprile 1856 (DALLOZ, 1856, I, 359).

possono neppur cadere sugli interessi generali: e quantunque vi si riferiscano, in causa dello stretto nesso che unisce gli interessi individuali all'interesse pubblico, non compromettono questo interesse, poichè l'autorità amministrativa rimane libera di regolare a suo arbitrio l'uso delle acque, senza essere vincolata nè dalle convenzioni dei rivieraschi, nè dalle sentenze che intervengano circa queste convenzioni. Due rivieraschi si dividono le acque: le controversie cui tale convenzione dà luogo sono di esclusiva competenza dei tribunali (1). La giurisprudenza del Consiglio di Stato e quella della Corte di cassazione accolgono questa massima anche quando si tratta dell'altezza delle acque di un molino, allorchè la questione deve decidersi mediante le convenzioni intervenute tra le parti interessate (2).

Ciò che diciamo dei diritti convenzionali si applica altresì ai diritti acquisiti per prescrizione: la ragione è identica. La sola difficoltà è di conoscere se i rivieraschi possono prescrivere contro l'autorità amministrativa o contro una deliberazione da essa presa. Noi rinviamo a ciò che su questa questione abbiamo già esposto dianzi (nn. 326 e 329).

339. L'applicazione del principio non è scevra di difficoltà quando si tratta dell'altezza cui le acque possono essere trattenute dagli stabilimenti rivieraschi. Noi l'abbiamo detto che spetta all'autorità amministrativa fissare l'altezza delle acque per ciò che concerne le officine (n. 320, 321). Si supponga che un decreto fissi la ritenuta, e che il rivierasco non l'osservi: da ciò deriva un danno per un altro rivierasco. La parte lesa chiede i danni interessi, e le si oppone che il tribunale non è competente. La Corte di Tolosa si è pronunziata per la competenza dell'autorità giudiziaria (3). Perchè si sarebbe dovuto rivolgersi all'autorità amministrativa? Per fissare l'altezza delle acque? Essa lo aveva fatto; la sua azione era esaurita. Non si doveva più provvedere agli interessi generali; il decreto vi aveva provveduto; non rimaneva che regolare diritti particolari, costringendo l'innosservante ad eseguire il decreto, e ciò è ufficio del giudice.

In un'altra specie, il proprietario di un'officina stabilita coll'autorizzazione del governo domandava la soppressione dei lavori fatti da un rivierasco inferiore per la irrigazione dei suoi fondi. Egli godeva delle acque da oltre trent'anni, quando taluni lavori fatti all'ingiù ostacolarono l'esercizio della sua officina. La Corte decise che i tribunali erano competenti, e nel merito giudicò che il lungo possesso del rivierasco superiore

---

(1) Parere del Consiglio di Stato del 22 dicembre 1824 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 563, 9°).

(2) Parere del consiglio di Stato del 22 maggio 1813 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 573, 7°). Sentenza di cassazione del 19 trimaio anno VII (*ibid*, n. 563).

(3) Tolosa, 17 dicembre 1832 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 558, 9)

non impediva al rivierasco inferiore d'usare delle acque, che si doveva quindi soltanto provvedere ad un regolamento che conciliasse i diritti delle parti in causa. Prodotto ricorso per cassazione, l'utente dell'officina sostenne che la decisione della Corte modificava il decreto che fissava l'altezza della ritenuta del suo molino, e per conseguenza veniva a ledere un atto amministrativo. Questa pretesa fu respinta, ma nel merito la Corte diede causa vinta all'utente dell'officina (1). Noi siamo pure del parere che i tribunali fossero competenti nella specie; non si trattava d'interessi generali, la questione consisteva nel conoscere se il rivierasco inferiore aveva facoltà di turbare il rivierasco superiore nel suo godimento, e se occorreva addivenire ad un regolamento d'acqua fra di essi. Nel merito, a nostro avviso, la Corte di Besançon aveva giudicato conforme a ragione. Forse che un godimento, per lungo che sia, del rivierasco superiore impedisce al rivierasco inferiore di servirsi delle acque? Non hanno tutti i rivieraschi un diritto eguale, salvo che non sia modificato dalle convenzioni e dalla prescrizione? Invano la Corte di cassazione dice che il rivierasco inferiore attentava a diritti acquisiti mediante un lungo godimento; nella specie non vi era prescrizione, dunque punto diritto acquisito; si doveva quindi provvedere ad un regolamento circa l'uso dell'acqua, salvo ad aggiudicare i danni interessi all'utente dell'officina se il proprietario inferiore avesse oltrepassato i limiti del suo diritto.

Un rivierasco domanda la distruzione di uno sbarramento fatto senza autorizzazione. Il convenuto oppone che bisogna ricorrere all'autorità amministrativa, perchè essa soltanto ha il diritto di fissare l'altezza delle acque. Ciò sarebbe vero se si trattasse di tutelare gli interessi generali, sia con un regolamento, sia con una concessione. Ma, nella specie, il tribunale non aveva che a decidere se il rivierasco avesse avuto il diritto di nuocere al suo conrivierasco mediante tale costruzione. Qualunque fosse il suo pronunziato, l'autorità amministrativa era libera di prendere quella misura che stimava conveniente nell'interesse pubblico. Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza sono in questo senso (2).

In un'altra specie, in cui non erano in causa che utenti di officine, la Corte di Caen si dichiarò competente riguardo a quelli che invocavano titoli o convenzioni particolari; rinviò gli altri innanzi all'autorità amministrativa, perchè fissasse l'altezza delle acque nell'interesse generale. Prodotto ricorso, in-

---

(1) Besançon, 16 febbraio 1859 e sentenza di cassazione del 16 febbraio 1860 (DALLOZ, 1860, I, 347).

(2) AUBRY e RAU, t. III. p. 56, nota 46. Sentenza di cassazione del 5 marzo 1833 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 573, 3). Bordeaux, 23 gennaio 1838 (DALLOZ, alla parola *Eaux*. n. 565, 10). Sentenza di rigetto del 26 luglio 1854 (DALLOZ, 1855, I, 338).

tervenne una sentenza di rigetto (1). Ci sembra che i tribunali fossero competenti; le parti interessate non domandavano loro di fissare l'altezza della ritenuta di ciascuna officina dal punto di vista dell'interesse pubblico, esse conchiudevano solamente che il giudice regolasse i loro diritti rispettivi in guisa da conciliare il diritto di uno dei rivieraschi con l'egual diritto dei suoi conrivieraschi; e ciò è appunto quanto l'articolo 545 permette ai tribunali di fare in mancanza di un regolamento. Nè a decisione giudiziaria avrebbe impedito all'autorità amministrativa di regolare le acque sotto il rispetto dell'interesse generale. Quando in una controversia sono impegnati interessi generali, il tribunale deve dichiararsi incompetente. Si domandava al tribunale che prescrivesse le misure conservative rese necessarie dai guasti cagionati dalle acque di un torrente. L'attore non invocava nè convenzione, nè possesso, nè un fatto dannoso che potesse imputarsi al convenuto. La Corte di Aix si dichiarò incompetente, e sul ricorso per cassazione, il suo giudicato ebbe conferma da una sentenza di rigetto (2).

b) *Riguardo a chi i tribunali esercitano il loro potere regolamentare?*

340. L'articolo 645 risponde alla nostra questione. « Fra i proprietari cui possono essere utili le acque correnti. » Ciò significa che i soli rivieraschi possono domandare un regolamento: soltanto essi hanno diritto delle acque (n. 271); non può insorgere controversia sull'uso dei corsi d'acqua che tra coloro i quali hanno diritto di usarne. Se dunque un proprietario è separato dal fiume per mezzo di un fondo intermedio, sia questo anche una strada pubblica, non potrà domandare un regolamento di acqua (3). Quanto ai rivieraschi, essi possono tutti richiederlo poichè l'art. 644 dà a tutti il diritto di servirsene. Non vi è luogo a distinguere tra i rivieraschi i cui fondi sono attraversati e quelli i cui fondi sono costeggiati da un corso d'acqua; qualunque sia la divergenza di opinioni intorno ai loro diritti, è pur certo che ne hanno, ed è anzi precisamente perchè le opinioni differiscono che i rivieraschi si disputano se non l'uso, almeno il volume d'acqua di cui possono disporre, e per conseguenza vi è luogo all'esercizio del potere regolamentare. Ben inteso che il corso dev'essere pubblico; se si tratta di un corso d'acqua artificiale i tribunali non hanno più alcun potere.

---

(1) Caen, 29 agosto 1832, e sentenza di rigetto 4 giugno 1834 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 444, 3).
(2) Sentenza di rigetto del 2 agosto 1847 (Dalloz, 1847, 4, 180).
(3) Tolosa, 26 novembre 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 201, 1).

Si riconosce all'autorità amministrativa una certa azione su queste acque in quanto lo esige il pubblico interesse, ma i tribunali non possono regolare che dei diritti; ora, non vi è che il proprietario che abbia diritto sul canale, e quindi, non avendo gli altri rivieraschi il diritto di usarne, nulla vi è a conciliare, poichè non v'ha conflitto possibile. La giurisprudenza è di questo parere, ed in verità la questione è così semplice che appena si comprende come sia stata portata dinanzi ai tribunali, e perfino alla Corte di Cassazione (1).

341. L'applicazione del principio dà luogo a qualche dubbio quando un proprietario ch'è rivierasco d'un corso d'acqua non lo è dei ruscelli che lo alimentano; può egli domandare un regolamento contro i rivieraschi di questi affluenti? Era sembrato alla Corte di Agen che questo proprietario non trovandosi in contatto diretto con le acque che domandava fossero soggette al provvedimento, non avesse alcun diritto per ciò appunto che non era rivierasco. La Corte di cassazione respinse quest'interpretazione restrittiva, la quale è contraria tanto al testo quanto allo spirito della legge. L'articolo 645 è concepito nei termini più generali; esso non dice che soltanto i rivieraschi di un ruscello o di un corso di acqua possono domandare un regolamento di acqua: esso afferma invece che, dove insorga una contestazione tra i proprietari *cui possono essere utili le acque correnti,* i tribunali dovranno conciliare l'interesse dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà. Forse che per avventura le acque del ruscello che alimentano un corso d'acqua non sono utili ai proprietari i cui fondi ne sono costeggiati? A dir il vero, sono i piccoli ruscelli che costituiscono il corso d'acqua, poichè questo non esisterebbe senza gli affluenti. A che servirebbe ai rivieraschi il corso d'acqua, se i rivieraschi dei ruscelli assorbissero o deviassero le acque? Vi è conflitto fra i proprietari cui le medesime acque sono utili, vi è dunque luogo a regolamento (2).

342. Un regolamento suppone che tutti gli interessati siano in causa, e che il tribunale distribuisca fra di essi il volume d'acqua secondo i loro diritti ed i loro bisogni. Si dovrà conchiudere da ciò che le parti fra cui esiste la controversia debbono chiamare in causa tutti i rivieraschi? La Corte di Montpellier si ricusò di procedere ad un regolamento, perchè erano ignorati i bisogni dei rivieraschi non intervenuti nella causa, e perchè non si potevano sottomettere i rivieraschi superiori ad altrettanti regolamenti d'acqua quanto erano i rivieraschi interessati. Prodotto ricorso contro questa decisione, intervenne una

---

(1) Bordeaux, 8 aprile 1826 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 317, 1) Sentenza di rigetto del 15 aprile 1845 (DALLOZ, 1845, 1, 255). Limoges, 25 luglio 1860 (DALLOZ, 1861, 2, 99).

(2) Sentenza di cassazione del 3 dicembre 1845 (DALLOZ, 1846, 1, 28).

sentenza di rigetto (1). Simili giudicati sono in opposizione con i principii che regolano l'azione dei tribunali, i quali non sono chiamati a fare un regolamento generale, essendo ciò missione dell'autorità amministrativa. Spetta dunque a questa di sentire tutti gl'interessati prima di deliberare. Quanto ai tribunali, essi pronunziano fra le parti che sono in causa; i loro regolamenti altro non sono che sentenze le quali hanno effetto soltanto tra le parti costituite nel giudizio. Spetta ai rivieraschi superiori di provocare la chiamata in causa di tutti gl'interessati, se vogliono evitare nuove contestazioni; se non lo fanno, il tribunale non deve meno procedere al regolamento che gli si demanda. La Corte di cassazione, in una recente sentenza, ha deciso che i tribunali non erano tenuti a mettere in causa tutti gl'interessati; senza dubbio conviene farlo, se la loro presenza è necessaria; ma possono altresì procedere ad un regolamento d'acqua nell'unico interesse delle parti istanti (2).

c) *Estensione del potere regolamentare.*

343. L'articolo 646 conferisce ai tribunali un potere moderatore; la legge si rimette alla loro saggezza, dice il tribuno Albisson, perchè non ha potuto provvedere a tutti i casi, vista la varietà delle circostanze (3). Questa ragione non è sufficiente poichè simile varietà si trova in tutte le materie, e tuttavia i tribunali non esercitano di regola un potere di conciliazione. Il vero motivo per cui è concesso ai tribunali di regolare l'uso delle acque trova il suo fondamento in ciò che i diritti dei rivieraschi nulla hanno di assoluto. Si suppone che si tratti di acque non suscettibili di una vera appropriazione. L'art. 644 le definisce dicendo che sono le acque correnti diverse da quelle che appartengono al demanio pubblico. Noi abbiamo già detto che l'autorità amministrativa non può far regolamento circa le acque sorgive; lo stesso accade del potere giudiziario; nulla vi è qui da conciliare, poichè il propietario della sorgente può usarne a sua volontà (art. 644). La Corte di Limoges aveva disconosciuto questo principio elementare; la sua sentenza è stata cassata (4). Che bisogna decidere se il proprietario del fondo in cui la sorgente scaturisce lo vende per parti, assicurando agli acquirenti la facoltà di servirsi delle acque? Vi è una ra-

(1) Montpellier, 17 novembre 1856 Sestenza di rigetto del 25 novembre 1856 (Dalloz, 1858, 1, 86).
(2) Sentenza di rigetto del 18 dicembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 255). Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 56 e nota 47.
(3) Relazione di Albisson, n, 8 (Locré, t. IV, p. 136).
(4) Sentenza di rigetto del 29 gennaio 1840 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 114). Nel medesimo senso, Pau, 2, maggio 1857 (Dalloz, 1857, 2, 139).

gione di dubitare; si potrebbe dire che si tratti di acque di sorgente sulle quali i proprietarii hanno un diritto assoluto, che per conseguenza non vi è materia a conciliazione nè a regolamento. Il motivo di decidere sta in ciò che la sorgente non è oggetto di proprietà privata finchè forma l'accessorio del suolo in cui scaturisce. Se la proprietà in cui zampilla viene divisa, le acque non costituiscono più una sorgente all'infuori della porzione del fondo di cui questa è l'accessorio, ma divengono un'acqua corrente: è quindi il caso di applicare gli articoli 644 e 645. Nella specie, si obbiettava che i contratti stipulati tra il proprietario della sorgente e i diversi acquirenti tenevano luogo di regolamento. La Corte di cassazione ha saggiamente deciso che i contratti attribuivano ai compratori solamente un diritto alle acque, ma che non determinavano il modo di usare delle medesime, le epoche in cui i diversi interessati potevano valersene, il tempo durante il quale potevano serbarle, il volume di cui ciascuno poteva disporre. Era quindi il caso di dar regola all'uso delle acque, contrariamente a quanto aveva deciso la Corte di Nîmes (1).

Ciò che diciamo delle sorgenti si applica egualmente alle acque piovane. Queste acque costituiscono pur esse una proprietà privata; il proprietario inferiore è obbligato a riceverle, ma non vi ha alcun diritto; non può quindi sorgere conflitto fra lui ed il proprietario del fondo in cui cade la pioggia, e per conseguenza non vi è materia a conciliazione (2). Ciò suppone, ben inteso, che le acque piovane non formino un corso d'acqua se ne risulta un'acqua corrente, s'intende da sè che i rivieraschi possono esercitarvi i diritti che loro attribuisce l'art. 644, e che per conseguenza bisogna applicare altresì, in caso di conflitto, l'art. 645.

344. Non basta che vi sia una contestazione tra i rivieraschi di un'acqua corrente perchè i tribunali possano esercitare il loro potere regolamentare. Se vi hanno convenzioni, passate tra coloro che sono parti in causa, relativamente all'uso delle acque, il dovere dei tribunali è anzitutto quello di rispettarle. È l'applicazione d'un principio fondamentale quantunque elementare: le convenzioni, dice l'art. 1134, tengono luogo di leggi fra le parti. I tribunali sono vincolati dalle convenzioni al pari di coloro che le han fatte; poichè il giudice è chiamato a garantire i diritti convenzionali, e non ha potere alcuno di modificarli. Quando l'art. 645 incarica i tribunali di conciliare i varî diritti ed interessi, suppone che le parti interessate non l'abbiano fatto, non conferisce ad essi la facoltà di mutare nè di alterare di-

---

(1) Sentenza di cassazione del 20 aprile 1821 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 309, 1°).
(2) Colmar, 29 maggio 1829 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 315) e 24 agosto 1850 (Dalloz, 1855, 2, 181).

ritti convenzionali. Così se uno dei rivieraschi avesse acquistato per titolo l'uso esclusivo delle acque, i tribunali non potrebbero derogare ai diritti che da quello risultano (1). Lo stesso è a dirsi se fosse intervenuta tra i rivieraschi una convenzione con la quale essi medesimi abbiano regolato l'uso delle acque; sarebbe anche questo un titolo di cui il giudice dovrebbe assicurare l'esecuzione senza poterlo modificare (2). Fra i titoli vanno pure considerate le concessioni emanate dagli antichi signori, poichè, essendo proprietari, essi avevano il diritto di trasmettere la loro proprietà, e se un proprietario è rivierasco, non può più parlarsi di modificare il suo diritto con gli eguali diritti dei conrivieraschi, non avendo costoro, in tal caso, dritto alcuno (3).

Questo principio dev'essere applicato con talune restrizioni che risultano dalle regole generali di diritto. È stato deciso che i tribunali avevano il diritto di interpretare le convenzioni « ed anche di modificarle coi risultati di nuove convenzioni che fossero intervenute fra le parti (4) ». La redazione non è esatta, ma il pensiero della Corte di cassazione non potrebbe esser dubbio: il giudice chiamato ad interpretare le convenzioni non ha mai il potere di modificarle, ma se le parti istesse v'hanno apportato delle modificazioni, s'intende dà sè che il giudice ne deve tener conto. Del pari se i titoli fossero insufficienti, non essendo più il giudice legato dalle convenzioni delle parti, rientrerebbe nel libero esercizio del suo diritto di regolare, secondo il suo saggio criterio, l'uso delle acque. Lo stesso potere egli avrebbe infine riguardo ai rivieraschi che non sono stati parti nel contratto, non potendo le convenzioni aver effetto che tra coloro che le hanno sottoscritte.

345. La legge conferisce ai tribuuali un potere di conciliazione, e non traccia loro altra regola, se non quella che li obbliga a conciliare l'interesse dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà. Ciò è assai vago. La Corte di cassazione ne ha concluso che i giudici hanno un potere discrezionale che li autorizza a pronunciare secondo le regole dell'equità. È vero, come dice la sentenza « che per l'esercizio di tal potere, i tribunali debbono tener conto di circostanze di fatto molteplici e diverse il cui apprezzamento, non può in generale, ledere i principi del diritto, nè, per conseguenza, dar luogo a cassazione (5) ». I tribunali, compresavi la stessa Corte di cassazione,

(1) Sentenza di cassazione 24 gennaio 1831 (DALLOZ, alla parola *Servitude* n. 327, 1).
(2) Sentenza di rigetto del 19 aprile 1841 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 327, 2) e dell' 8 settembre 1814 (*ibid.*, 327, 4).
(3) Sentenza di rigetto 19 luglio 1830 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 327, 3°)
(4) Sentenza di rigetto 2 agosto 1827 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 559. 1°).
(5) Sentenza di rigetto dell'8 gennaio 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 116).

non hanno forse talvolta abusato di questo potere discrezionale? Noi abbiamo detto testè che i tribunali non possono regolar l'uso delle acque quando vi provveda una convenzione passata fra i rivieraschi. Lo stesso è a dirsi della prescrizione, che equivale ad un titolo. La giurisprudenza va più oltre; è stato deciso che un *lungo possesso* basti per attribuire un diritto ad un rivierasco rispetto agli altri (1). Che cosa è questo *lungo possesso?* Una sentenza della Corte di Bruxelles ne fissa la durata a trenta anni; di guisa che un possesso trentennale costituirebbe un diritto acquisito (2). Questa giurisprudenza è affatto contraria ai principî. Non è forse ammesso dalla dottrina e dal foro che il diritto dei rivieraschi sulle acque è un diritto di pura facoltà? E questo diritto di pura facoltà si perderà pel solo possesso di un conrivierasco? Possedesse anche per mille anni, dice Coepolla, non avrebbe acquistato con ciò un diritto esclusivo sulle acque (n. 306).

La Corte di cassazione ha compreso come sià poco giuridica la dottrina del possesso antico, ed ha tentato di darle un'altra apparenza. Nella specie, si trattava di un ruscello formato da più sorgenti che scaturivano in una sola e medesima proprietà. Dopo avere attraversato una strada pubblica, il ruscello costeggiava un prato di spettanza del proprietario della sorgente, indi passava per un fondo, e qui provvedeva ai bisogni di uno stabilimento industriale. Il proprietario di questo domandò un regolamento d'acqna contro il rivierasco superiore, che gli eccepì il suo diritto di proprietà sulle acque della sorgente e la prescrizione. La Corte di Poitiers giudicò con savio criterio, che la sorgente dopo aver attraversato un fondo estraneo, non era più tale, sibbene veniva a costituire un'acqua corrente, regolata dall'art. 644; ma essa ammise il possesso trentennale come una prescrizione a favore del proprietario superiore, e decise che essendosi acquisito con tale presunzione il diritto di usare dell'acqua, non si poteva più portare a lesione questo diritto. Prodotto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto. La Corte di cassazione non pronuncia più la parola *prescrizione.* Essa invoca il lungo spazio di tempo nel quale il rivierasco superiore aveva utilizzato dell'acqua, derivandola quarantotto ore per settimana, e ne induce l'esistenza d'antichi *usi* relativi alla ripartizione delle acque, al modo ed alla durata del tempo del loro godimento; indi considera questi *usi* come un *regolamento particolare* che, secondo l'art. 645, dev'essere osservato non ostante la domanda d'un regolamento nuovo (3). Chi non vede che la sentenza confonde il *possesso* con la *convenzione?* I *regolamenti* particolari di cui parla l'art. 645, se emanano dall'auto-

---

(1) Sentenza di rigetto del 19 aprile 1841 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 327, 2).
(2) Bruxelles, 24 gennaio 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 90).
(3) Sentenza di rigetto del 10 dicembre 1855 (DALLOZ, 1856, 1, 170).

rità amministrativa, debbono essere fondati sopra il concorso del consenso delle parti interessate: sono insomma un *contratto*. Il *possesso* ben fa supporre l'esistenza d'una convenzione, ma occorre per ciò che riunisca in sè le condizioni richieste per la *prescrizione*. Ora, nella specie, non poteva trattarsi di prescrizione, nè la parola trovasi nella sentenza. Rimaneva un lungo godimento; ma per lungo che lo si supponga, esso non può privare il rivierasco inferiore d'un diritto che gli deriva dalla natura e dalla legge, diritto di pura facoltà, contro di cui non si può invocare un semplice possesso.

346. Quando non vi è nè titolo nè prescrizione, i tribunali possono regolare l'uso delle acque, come dice la Corte di cassazione, consultando le regole dell'equità. Una sentenza della Corte di Parigi, confermata poi dalla cassazione, ce ne dà un esempio. Essa decide che i rivieraschi avranno il diritto d'irrigare le loro proprietà sei volte all'anno, per la durata continua di ventiquattro ore per ogni irrigazione; che essi useranno simultaneamente delle acque, e previo avviso collettivo al proprietario di un'officina, contro cui era domandato il regolamento. I proprietari reclamarono pretendendo che sarebbe da ciò risultata una specie di comunione forzata, proibita dall'articolo 815; questa pretesa non era seria, epperò la Corte di cassazione non ne tenne alcun conto (1).

È stato deciso che il tribunale non può, facendo un regolamento d'acqua, imporre una servitù ad uno dei fondi rivieraschi in favore dell'altro (2). Infatti, il Codice non permette ai tribunali di costituire servitù. Non bisogna concludere da ciò che il giudice non possa prescrivere lo stabilimento di opere, che facilitino la ripartizione delle acque fra i rivieraschi. Così la Corte di Besançon ha ordinato ad uno dei rivieraschi di costruire un regolatore ed una chiudenda per la distribuzione delle acque, ed ha fatto obbligo all'altro di rimborsare la metà delle spese di costruzione e di manutenzione (3). Ciò è ben diverso dal costituire una servitù. Il tribunale, avendo il diritto di distribuire le acque, ha per lo stesso motivo il potere di prescrivere i lavori necessarii. Quando l'autorità giudiziaria ordina la costruzione di opere che si rendono indispensabili per assicurare a ciascuno degli interessati il volume d'acqua che gli è attribuito, può pure autorizzare il rivierasco che le fa a sorvegliarne l'esecuzione e la manutenzione, e per conseguenza a passare sul fondo in cui si fanno i lavori. Ciò non equivale a stabilire una servitù di passaggio; ma si tratta soltanto d'una misura diretta a garantire il diritto del rivierasco. È il caso di dire: chi vuole il fine vuole i mezzi (4).

---

(1) Sentenza dell'8 gennaio 1868 (Dalloz, 1868, 1, 116).
(2) Bruxelles, 24 gennaio 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 90).
(3) Besançon, 27 novembre 1844 (Dalloz, 1846, 2, 78).
(4) Sentenza di rigetto del 19 aprile 1865 (Dalloz, 1865, 1, 377).

347. Altra è la questione di sapere se i tribunali possono ordinare la distruzione dei lavori che un rivierasco ha fatto per deviare le acque o per trar profitto di un volume d'acqua maggiore di quello cui egli ha diritto. L'affermativa non è dubbia quando tali opere furono eseguite senza autorizzazione; si rimane allora sotto l'impero del diritto comune. Se i lavori costituiscono un fatto dannoso, vale a dire un quasi-delitto, i tribunali hanno il diritto non solamente di pronunciare i danni interessi, ma altresì d'ordinare che la causa del danno scomparisca, mediante la distruzione delle opere che, non essendo autorizzate, costituiscono un quasi-delitto permanente (1). Ma che bisogna decidere se il rivierasco che ha fatto i lavori domanda che il tribunale sospenda di statuire sulla richiesta demolizione, sino a che l'autorità amministrativa si sia pronunciata in merito alla conservazione delle opere stesse? Fu giudicato che non può concedersi la sospensione. Infatti, il giudice si trova di fronte ad un fatto dannoso, è competente e deve perciò esaurire la sua giurisdizione, statuendo non solamente sulla questione relativa ai danni-interessi, ma altresì sulla distruzione dei lavori che producono il danno (2).

Quando siasi ottenuta la preventiva autorizzazione, e tuttavia le opere costruite ledano i diritti d'un rivierasco, potrà il tribunale ordinarne la distruzione? In una relazione del consigliere Mesnard è detto che in questo caso non è possibile alcun dubbio: i tribunali, egli dice, non hanno diritto di far distruggere ciò che l'autorità amministrativa ha permesso di costruire; essi non possono far altro che accordare i danni-interessi, salvo all'autorità amministrativa di provvedere ove venga presentato un ricorso innanzi ad essa (3). Ma asserire che il dubbio non è possibile, è correr troppo: il diritto è una fonte inesauribile di dubbiezze. La dottrina si è pronunciata per l'opinione contraria. Demolombe confessa che il potere giudiziario non può riformare gli atti dell'amministrativo; ma si può dire nella specie che esso li riforma, allorchè le concessioni accordate dall'autorità amministrativa riservano, espressamente o tacitamente, i diritti dei terzi? Il giudice non fa che applicare questa riserva e quindi non vi è alcun conflitto (4).

Ma è proprio vero che la riserva dei diritti dei terzi abbia precisamente il significato che le dà Demolombe? Ne dubitiamo.

---

(1) Sentenza di cassazione del 21 agosto 1844 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 223, 4), e sentenza di rigetto del 30 agosto 1830 (DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 566., 3).

(2) Sentenza di cassazione del 7 gennaio 1846 (DALLOZ, 1846, 1, 15).

(3) Relazione sulla sentenza di rigetto del 27 novembre 1844 (DALLOZ, 1845, 1, 216).

(4) DEMOLOMBE, t. XI, p. 234, n. 193. Vi sono ancora altre opinioni, in diverso senso, su questa questione. Vedi gli autori citati da DALLOZ, alla parola *Eaux*, n. 574.

I diritti cui l'autorità amministrativa non intende e non può derogare sono i diritti di proprietà e di servitù. Se avvenisse, ed il caso si è presentato, che l'autorità amministrativa autorizzasse un rivierasco ad eseguire lavori sopra un terreno appartenente ad un altro rivierasco, costui avrebbe certamente il diritto di opporvisi e di domandarne, al bisogno, la distruzione. In questo senso si è pronunziato il Consiglio di Stato (1). Ma supponiamo che i lavori siano fatti sulla proprietà del rivierasco che è autorizzato ad eseguirli. Il conrivierasco si duole che i lavori gli cagionino un danno, che, per conseguenza, essi portino lesione al diritto che gli è accordato in virtù dell'articolo 644; e quindi ne domanda l'abbattimento. Si può dire che la riserva dell'atto di concessione si riferisca al diritto che nasce dall'art. 644? I rivieraschi non hanno la proprietà assoluta, ma soltanto un diritto limitato dall'egual diritto dei loro conrivieraschi. Quando l'autorità amministrativa concede ad uno di questi l'esecuzione di un'opera, essa prende in esame le ragioni dei differenti rivieraschi. Si può forse ammettere che essa autorizzi dei lavori, salva all'autorità giudiziaria la facoltà di distruggerli? Ciò non è ammissibile affatto. Tutto quello che può ammettersi, è che se i lavori nuocciono ad un conrivierasco, vi è luogo a riparare il pregiudizio; in questo caso l'autorità amministrativa darà il suo parere, come dice il consigliere Mesnard. È questo il solo mezzo, ci sembra, di conservare la indipendenza dei due poteri. Vi è una sentenza della Corte di cassazione del Belgio che consacra questa distinzione. La giurisprudenza francese non riconosce ai tribunali il diritto d'ordinare la demolizione di lavori autorizzati dal potere amministrativo (2).

d) *Limiti al potere regolamentare dei tribunali.*

348. L'articolo 645, che attribuisce ai tribunali un potere moderatore, aggiunge questa restrizione che «in tutti i casi debbono essere osservati i regolamenti *particolari* e *locali* sui corsi e sull'uso delle acque». Che s'intende per regolamenti *particolari?* Essi sono, si dice, gli speciali accordi che i rivieraschi fanno tra di loro (3). Così intesi, i *regolamenti particolari* si confonderebbero con le convenzioni di cui già abbiamo parlato. Questa interpretazione è inammissibile: non può farsi

---

(1) Parere del Consiglio di Stato del 22 giugno 1825 (Dalloz, alla parola *Eaux*, n. 574, 1).

(2) Sentenza di rigetto del 2 luglio 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 390). La giurisprudenza francese è analizzata nella precitata relazione di Messard.

(3) Demolombe, t. XI, p. 233, n. 191.

questione d'un regolamento giudiziario che si basi sull'equità, allorchè vi sono diritti convenzionali. La parola *regolamento* non s'adopera punto per designare delle convenzioni. Può darsi dunque che l'articolo 645 intenda parlare d'atti amministrativi che hanno regolato l'uso delle acque; in questo senso, i regolamenti detti *particolari* si confondono con i regolamenti che il codice chiama *locali*. I tribunali debbono osservare i regolamenti sia generali, sia provinciali, sia comunali, salvo ad esaminare la loro legalità. Quando sono legali, tengono luogo di legge.

349. Si dovranno comprendere fra i regolamenti locali quelli che sono stati emanati prima del codice civile? La dottrina e la giurisprudenza si pronunciano per l'affermativa (1). Vi sono tuttavia serie ragioni di dubbio. I regolamenti sono leggi locali; ora, tutte le antiche leggi sono state abrogate da quella del 30 ventoso anno XII (art. 7). Si risponde, e la risposta è perentoria, che l'art. 645 mantiene in vigore i regolamenti, senza distinguere tra gli antichi e quelli emanati dopo la pubblicazione del codice. Un altro motivo d'incertezza sta in ciò, che la maggior parte dei regolamenti anteriori all'89 emanano dagli antichi signori: ora non furono tutti abrogati dalle leggi rivoluzionarie che aboliscono il feudalismo? Noi abbiamo già risposto alla obbiezione. Non si tratta in questi regolamenti di rapporti da sovrano a vassallo; i signori hanno regolato l'uso delle acque esercitando quasi una specie di sovranità; non si tratta d'uno di quegli abusi feudali cui la Rivoluzione ha posto fine. I regolamenti anteriori all'89, quando contengono delle concessioni, hanno un'autorità anche maggiore di quella dei regolamenti amministrativi; poco importa che provengano dai nostri antichi signori o sovrani; perchè costoro avevano veste di concedere ai rivieraschi diritti assoluti di proprietà, mentre i regolamenti moderni non hanno altro potere che di regolare diritti che hanno già il loro fondamento nella legge. Questi diritti di proprietà non sono stati abrogati dalle leggi della rivoluzione; lo abbiamo già notato (n. 332).

350. Una determinata forma d'uso, accertata da un lungo possesso, potrà tener luogo di regolamento? Abbiamo detto dianzi che la Corte di cassazione sembra confondere gli usi antichi coi regolamenti (n. 345). Si è tentato di giustificare questa giurisprudenza. Quando i rivieraschi, si dice, hanno goduto delle acque secondo un modo determinato da un uso antico e costante, quest'uso può far presumere l'esistenza d'un regolamento e tenerne luogo (2). Presumere un regolamento, è

(1) Demolombe, t. XI, p. 233, n. 192. Sentenza di rigetto del 19 luglio 1830 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 237, 3°), e del 9 agosto 1843 (Dalloz, alla parola, *Eaux*, n. 211, 1°). Bruxelles, 28 dicembre 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 195).

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 58, nota 51.

qualche cosa di così esorbitante, che non può certo ammettersi senza un testo formale. Ora, si cercherebbe invano una disposizione di legge che stabilisca simile presunzione; e quindi noi non esiteremo un istante a rigettarla, al pari di tutte quelle che gli autori ed i tribunali hanno immaginate. Ciò solo di cui si può convenire colla Corte di cassazione, è che il tribunale, chiamato a fare un regolamento in questa materia, può consultare gli usi, vale a dire il modo di godimento seguito dai rivieraschi; ma non è legato da questo possesso, dal momento che interviene appunto per regolarlo (1).

351. Quando vi è un regolamento, i tribunali debbono attenervisi, dice l'art. 645. Ciò vuol dire che il potere regolamentare dei tribunali è subordinato a quello dell'autorità amministrativa, e nulla è più naturale di ciò. I regolamenti giudiziari non sono che sentenze; ora, i giudici sono vincolati dai regolamenti come lo sono dalle leggi. Può tuttavia accadere che, non ostante l'esistenza d'un regolamento, i tribunali abbiano il diritto di valersi del potere conciliativo che loro conferisce l'art. 645. Se taluni proprietari si riuniscono in consorzio pel prosciugamento e l'irrigazione delle loro proprietà, e se atti amministrativi determinano i loro diritti rispettivi sulle acque, questo regolamento non impedisce ai tribunali d'intervenire quando si tratta di rivieraschi che non fanno parte del consorzio stesso; il regolamento non ha in questo caso che l'effetto di una convenzione, non è obbligatorio che per i membri del consorzio; quanto ai rapporti di questo con gli altri rivieraschi, essi rimangono soggetti all'azione dei tribunali (2).

Lo stesso accade quando i regolamenti si dimostrino insufficienti. Un atto emanato dai nostri antichi sovrani accorda ad un rivierasco una presa d'acqua, senza determinare le epoche ed il modo d'esercizio di questo diritto. Siccome la concessione non conferisce alcun diritto esclusivo al concessionario, bisognerà regolare, in caso di conflitto, i diritti dei diversi rivieraschi. Ha luogo allora il concorso dei due poteri regolamentari; l'atto emanato dal principe è rispettato, il concessionario conserva la presa d'acqua che gli è stata concessa; ma non avendo l'atto amministrativo determinato il modo in cui il suo diritto sarà esercitato, i tribunali sono competenti a provvedere a questo regolamento (3). Non si può dire che essi invadano il campo del potere amministrativo, e molto meno quello del legislativo, quando regolano i diritti che l'art. 645 attribuisce ai rivieraschi. I due regolamenti coesisteranno coi differenti effetti che a ciascuno di essi si annettono, avendo l'uno forza di legge, l'altro non essendo che una decisione giudiziaria.

---

(1) Sentenza di rigetto del 16 febbraio 1853 (DALLOZ, 1854, 5, 700).
(2) Sentenza di rigetto del 19 luglio 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 40).
(3) Bruxelles, 28 dicembre 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 195).

352. Quando esiste un regolamento amministrativo, i tribunali non possono modificarlo nè derogarvi; i due poteri sono indipendenti, e si muovono liberamente nella cerchia delle loro attribuzioni. Se il regolamento determina i lavori che debbono essere eseguiti da un rivierasco, il tribunale non può aggiungere alle sue disposizioni prescrivendo nuove opere che l'autorità amministrativa non ha riconosciute necessarie (1). Molto meno ancora il giudice può sospendere o proibire i lavori da questa ordinati. Quando si tratta di un regolamento generale, ciò non presenta alcun dubbio, poichè un simile atto tiene luogo di legge (2). Se è una concessione, bisogna applicare ciò che abbiamo detto dianzi nel riguardo dei limiti in cui si esercita il potere amministrativo (n. 330). Nel Belgio vi è una certa tendenza a subordinare l'autorità amministrativa alla giudiziaria; è una reazione contro le usurpazioni di quella, usurpazioni che sotto il nostro regime non sono più a temere. L'azione dell'autorità amministrativa è altrettanto legittima quanto quella dei tribunali. Se importa che non invada i diritti privati dei cittadini, importa altresì che i tribunali non s'ingeriscano nel regolare gli interessi generali della società; non è questa la loro missione, e malissimo soddisferebbero ad un compito che non è il loro. Noi dunque applaudiamo a quella sentenza della Corte di Bruxelles che si è dichiarata incompetente a proibire fatti che l'autorità amministrativa aveva autorizzati, riservando alle parti interessate di reclamare i danni-interessi in quanto il fatto fosse loro dannoso (3).

353. I regolamenti giudiziarî sono vere sentenze: si applicheranno loro dunque i principî che regolano le sentenze dell'autorità giudiziaria. Essi non hanno effetto che tra le parti. Fra le stesse parti, tuttavia, essi non hanno quell'autorità irrefragabile di cui godono in generale le sentenze. Possono infatti venir modificati sia da un regolamento amministrativo, sia da un nuovo regolamento giudiziario. A primo aspetto, ciò sembra contrario ai principî più elementari di diritto. Se i tribunali non possono modificare gli atti dell'autorità amministrativa, per l'opposto l'autorità amministrativa non può toccare le sentenze. In qual senso dunque diciamo che un regolamento amministrativo può modificare i regolamenti giudiziarî? È l'autorità amministrativa, ed essa soltanto, che ha missione di regolare gli interessi generali, e quando emana un regolamento, i tribunali sono obbligati ad osservarlo. Ciò implica che il potere amministrativo non può essere mai ostacolato nella sua azione da una decisione giudiziaria, come non lo è dalle con-

---

(1) Bruxelles, 24 gennaio 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 89).
(2) Liegi, 26 novembre 1841 (*Pasicrisie*, 1842, 2, 34).
(3) Bruxelles, 6 luglio 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 17).

venzioni, altro non essendo le sentenze che contratti fatti in giudizio. Se, dunque, dopo che il tribunale avrà provveduto a regolare l'uso di un'acqua, l'autorità amministrativa fa un regolamento, debbono obbedirvi tanto coloro che sono stati parti in causa innanzi al tribunale, quanto coloro che non sono intervenuti nel giudizio; in questo senso il regolamento modificherà la decisione giudiziaria; ma la sentenza produrrà tutti i suoi effetti relativamento agli interessi privati.

Vi è un altro principio concernente gli effetti delle sentenze che non riceve applicazione ai regolamenti d'acqua fatti dai tribunali. Il giudice non può riformare la sua decisione; vi sono gravami legali; quando sono esauriti, la sentenza ha forza di cosa giudicata, è considerata come l'espressione della verità e perciò non è più suscettiva d'essere impugnata. Non è lo stesso dei regolamenti sull'uso delle acque. Il tribunale può sempre modificarli; la ragione si è che i fatti i quali hanno motivato il primo regolamento possono cambiare, e mutandosi questi, debbono modificarsi altresì le decisioni. Uno dei rivieraschi aumenta la sua proprietà rivierasca; non avrà diritto che al volume d'acqua che gli è stato accordato dal primo regolamento? In qual proporzione potrà aumentare la sua presa d'acqua? E un nuovo conflitto d'interessi, occorre dunque un nuovo regolamento. Una terra da semina è convertita in una prateria, ne derivano nuovi bisogni che non si poterono prevedere nell'antico regolamento. E in questo senso che la Corte di cassazione ha deciso che le sentenze pronunziate in questa materia non acquistano mai il carattere d'irrevocabili e non fanno quindi ostacolo ad un regolamento ulteriore, se nuovi bisogni, nati da una nuova condizione di cose, lo rendono necessario (1).

§ II. — *Delle servitù concernenti i corsi d'acqua.*

N. 1. — Principii generali.

354. A termini dell'articolo 640, «i fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque che da essi scolano naturalmenle, senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo». Secondo la classificazione del codice civile, è questa una vera servitù che deriva dalla situazione dei luoghi. Taluno ha sostenuto che essa non sia tale, trattandosi di un onere comune a tutti i fondi inferiori; è dunque lo stato generale della proprietà; ora, uno stato di cose che forma la condizione di tutti i fondi non può

---

(1) Sentenza di rigetto dell'11 marzo 1867 (DALLOZ, 1867, 1, 352). Confronta AUBRY e RAU, t. III, p. 57, e nota 50; DEMOLOMBE, t. XI, p. 238, n. 198.

essere considerato come una servitù (1). È però sempre questo un onere che la natura impone a taluni fondi nell'interesse di altri fondi, e, come tale, può dunque essere chiamato una servitù. Quantunque quest'onere profitti in generale ai rivierasco inferiore, non può dirsi che costituisca un diritto. Il rivierasco inferiore non ha diritto alle acque che scolano sulla sua proprietà se non in forza dell'articolo 644, quando si tratta di una acqua corrente, e se è questione d'acque di sorgenti o piovane, in virtù d'un titolo o della prescrizione. Ciò forma appunto l'oggetto della materia che abbiamo testè esaminata. Entriamo ora in un nuovo ordine d'idee, quello delle servitù che gravano i fondi che costeggiano corsi d'acqua non navigabili.

Sembra che gli autori del codice civile, imbevuti dei pregiudizii tradizionali che regnavano nell'antico diritto, abbiano considerate le acque piuttosto come una causa di danno che come un elemento di ricchezza. Essi non si sono d'altro preoccupati che degl'interessi dell'agricoltura; la parola industria non si trova nella nostra legge. Anche in quanto concerne l'agricoltura, cui le acque forniscono il principio vivificante della irrigazione, il codice non ha fatto che seguire la tradizione. Il sorgere di novelli bisogni ha creato una opposizione tra la lettera del codice, che non li riconosce, ed i nuovi interessi che reclamano soddisfazione. Gl'interpreti hanno tentato di estendere le disposizioni del codice: ma non si poteva, se non violandola, mettere la legge in armonia con uno stato di cose che il legislatore non ha potuto regolare, poichè ignorava e non poteva prevedere i meravigliosi progressi che l'industria e la stessa agricoltura hanno raggiunti nel secolo XIX. Noi abbiamo combattute queste interpretazioni forzate; non già che approvassimo lo spirito angusto della nostra legislazione, ma perchè, se occorra di estenderlo, tale compito appartiene, non all'interprete nè al giudice, ma al legislatore.

Nuove leggi sono state emanate, in Francia e nel Belgio, sopratutto per favorire l'irrigazione (2). È dessa un elemento vitale per la prosperità dell'agricoltura, ed all'agricoltura si rannodano gl'interessi più essenziali della società, l'alimentazione delle classi lavoratrici che soffrono per l'eccessivo rincaro del nutrimento animale. La Francia sopratutto, molto più che il Belgio, manca di praterie; perciò essa diviene tributaria dell'estero, non solamente per i bisogni di prima necessità, il consumo della carne, ma ancora pel reclutamento delle razze equine. Le praterie vivono d'acqua; bisognava dunque favorire l'irrigazione, e non lo si può se si conserva, come aveva fatto il codice, il

---

(1) Duranton, t. V, p. 135, n. 146.

(2) Leggi francesi del 29 aprile 1845, del 21 luglio 1847 e del 10 giugno 1854. Legge belga del 27 aprile 1848 (riproduce le leggi francesi del 1845 e del 1847 e la legge del 10 giugno 1851).

diritto assoluto di proprietà. Le nuove leggi emanate in Francia e nel Belgio hanno infranto questi ostacoli, permettendo ai tribunali di costituire delle servitù nell'interesse dell'irrigazione, o costituendole esse medesime (1).

355. Qual'è il rapporto tra le nuove leggi e il codice civile? La questione è di sapere se queste leggi derogano al codice in quanto concerne i diritti dei rivieraschi sulle acque. È stato detto e ripetuto nei lavori preparatorii che le nuove leggi non intendevano modificare il codice Napoleone, accordando nuovi diritti ai rivieraschi. Questi diritti rimangono ciò che erano: le servitù che il legislatore ha introdotte hanno solamente per scopo di facilitarne l'esercizio (2) Sembra che ciò risolva la questione; ma la cosa non è così decisiva quanto si crederebbe secondo i principii che regolano la abrogazione delle leggi. È certo che il codice civile non vien modificato dalle leggi nuove. Ma vi sono due maniere d'interpretazione del codice: il sistema rigoroso che noi abbiamo seguito, attenendoci strettamente al testo della legge ed allo spirito che la informa, e l'interpretazione estensiva che si ispira ai nuovi bisogni e procura di adattare ai medesimi la lettera del codice. A quale di questi due sistemi gli autori delle leggi belghe e francesi hanno dato la preferenza? Volendo allargare la cerchia troppo ristretta in cui il codice aveva circoscritta la facoltà d'irrigazione, il legislatore moderno ha dovuto ammettere quell'interpretazione che meglio concordava coi suoi disegni. Sotto questo punto di vista, vi è innovazione, i testi rimangono ciò che erano, ma lo spirito è mutato; non è più il principio esclusivo di proprietà che presiede alla loro interpretazione, ma lo spirito di miglioramento e di progresso nel campo dell'agricoltura.

356. Vi sono differenze tra la servitù dell'articolo 640 e le servitù stabilite dalle nuove leggi? Se ne annoverano parecchie. Ve ne è una prima che è certa, cioè che lo scopo delle une e dell'altra è ben differente. La servitù dell'articolo 640 è realmente l'opera della natura; è la natura che ha imposto alle acque la legge che dai fondi superiori le fa scorrere sugli inferiori. Al contrario le servitù create dalle leggi francesi e belghe sono l'opera del legislatore, che ha voluto favorire i progressi dell'agricoltura. Di qui scaturisce una seconda differenza, cioè che i proprietarii inferiori non possono reclamare alcuna indennità per l'onere imposto loro dall'articolo 640; la natura che li assoggetta a ricevere le acque che scolano naturalmente sui loro fondi li compensa il più delle volte coi beneficii che loro procurano le acque stesse. Ciò non è a dirsi delle nuove servitù; esse apportano restrizioni alla proprietà

(1) Relazione di Dalloz sul progetto della legge francese (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, 115).
(2) Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, p. 119, nota

dei fondi servienti, costituendo una specie di espropriazione per causa di utilità pubblica ed insieme privata; bisognava dunque applicare il principio che nessuno può essere privato della sua proprietà se non mediante una congrua e preventiva indennità. Dal principio che la servitù dell'articolo 640 è opera della natura, segue ancora che quest'onere grava pure i fondi di spettanza del demanio pubblico, su di che dovremo ritornare più tardi. Mentre invece il demanio pubblico non è soggetto alle servitù stabilite dalle nuove leggi, le quali sono, almeno in parte, d'interesse privato. Ora, l'interesse generale che destina il demanio pubblico all'uso di tutti, prevale sull'interesse dei proprietarii; la destinazione pubblica non comporta d'altronde asservimento particolare. Vi è un'ultima differenza che dà luogo a qualche dubbio. La servitù dell'articolo 640 non è soggetta alla trascrizione; mentre è opinione comune che le nuove servitù debbono essere trascritte, quelle almeno la cui costituzione richiede il concorso dei tribunali. Noi ritorneremo su questo punto quando esporremo i principii che regolano la trascrizione (1).

N. 2. — Della servitù dell'articolo 640.

1. — Principio e condizioni.

357. Gli autori non sono d'accordo sul principio che governa quest'onere. Toullier dice che dove si osservasse soltanto la legge di proprietà, il proprietario inferiore potrebbe innalzare delle dighe per impedire alle acque di scorrere sul suo terreno facendole rifluire sopra i fondi superiori o sopra i fondi vicini. Infatti tale sarebbe la conseguenza estrema del diritto di esclusione che è uno degli attributi della proprietà. Ma le leggi non hanno ammesso giammai che, nello stato di società, un proprietario possa deviare le acque che la natura dirige sopra il suo fondo, in modo da inondare quelli dei vicini. L'articolo 640 non ha fatto che consacrare un cnere imposto dalla natura istessa (2). Si tratta però sempre d'una restrizione alla proprietà, e, per conseguenza, la regola deve essere interpretata con tutto il rigore. Essendo opera della natura, è pur la natura che ne deve delimitare i confini.

358. A termini dell'articolo 640, i fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque che scolano naturalmente dai superiori. La legge è concepita in termini generali; essa parla delle

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 6 e 7 e le note 1-3.
(2) Toullier, t. II, p. 219, n. 484. In senso contrario, Demolombe, t. XI, p. 20, n. 16; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 175, n. 264.

acque che scolano dai fondi superiori sopra i fondi inferiori in virtù del loro naturale defluvio, senza distinguere se siano acque piovane, sorgive, o provenienti dalla fondita delle nevi. É pressochè inutile citare sentenze che hanno deciso in questo senso per ciò che concerne le acque piovane; non sappiamo davvero sotto qual pretesto la questione ha potuto essere portata innanzi ai tribunali: le acque piovane non sono forse acque che scolano naturalmente dai fondi più elevati sovra i fondi inferiori? E se i fondi inferiori debbono ricevere le acque piovane, si intende da sè che lo debbono con le pietre e le sabbie che esse trasportano: ne potrà risultare un danno per i proprietarii, ma essi non hanno diritto ad alcuna indennità a questo titolo: è la stessa natura che lo impone (1).

L'articolo 640 si applica altresì alle acque correnti, siano, o no, navigabili? A primo aspetto, la questione sembra altrettanto strana quanto quella che si fa per le acque piovane. Chi mai vorrebbe impedire ai corsi d'acqua ed ai fiumi di seguire il corso che la natura loro ha tracciato? Tuttavia è stata sempre ammessa una restrizione a quest'onere naturale. L'articolo 640 dice che il proprietario inferiore non può elevare alcun riparo che impedisca lo scolo naturale delle acque, Ciò è vero altresì dei rivieraschi delle acque correnti; ma nulla impedisce a costoro di garantirsi contro gli accidenti e i danni che cagionano le inondazioni, costruendo opere di difesa. Se ricevere le acque è un onere naturale, difendersi contro l'azione di esse è pure un diritto naturale. Non vi è contraddizione, come si potrebbe credere, fra l'obbligazione e il diritto. Finchè non si tratta che del semplice scolo delle acque, il proprietario inferiore nulla può fare per sottrarsi all'onere che la natura gli impone, sia questi il rivierasco d'un fiume od il proprietario sul cui fondo scolano le acque piovane. Ma quando si tratta di difendersi contro l'attacco delle acque, la questione è diversa. La difesa è permessa a tutti i rivieraschi; l'uno non può dunque dolersi dei lavori fatti da un conrivierasco, ancorchè avessero per risultato di far rifluire le acque sul suo fondo, poichè egli può fare altrettanto, e se è imprevidente, non può dolersi che gli altri abbiano una preveggenza maggiore. La Corte di Bruxelles ha deciso così per gli straripamenti della Senna. Per mettere la città bassa al sicuro delle inondazioni, il Comune di Bruxelles ha costruito delle dighe le cui imposte vengono chiuse all'epoca della maggior piena delle acque. La Corte ha rigettato i reclami dei rivieraschi superiori; essa dice benissimo che gli straripamenti dei fiumi sono casi di forza maggiore, che non si possono raffrontare al corso naturale delle acque, di cui parla

---

(1) DEMOLOMBE, t. XI, p. 28, n. 19 e p. 40, n. 32. AUBRY e RAU, t. III, p. 10 e nota 11. Bordeaux, 26 aprile 1829 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 348, 1°).

l'articolo 640; essendo i lavori eseguiti dalla città di Bruxelles puramente difensivi, essa non ha fatto se non ciò che aveva diritto di fare, e che i rivieraschi superiori potevano fare egualmente. Se, a malgrado delle opere di difesa, taluni rivieraschi risentono un danno, è colla natura che debbono dolersi, ma non possono certo domandare che la città si lasci sommergere per impedire l'inondazione dei loro fondi; quando il pericolo è comune ciascuno si difende come meglio può (1).

359. Occorre che i due fondi sieno contigui perchè si possa far luogo alla servitù dell'articolo 640? La questione è abbastanza frequente quando le acque passano sopra una via pubblica prima di giungere al fondo inferiore il cui proprietario si duole che le acque non scolino naturalmente sul suo terreno. Come si vede, due sono i motivi di dubbio. Anzitutto, si dice, il fondo serviente ed il fondo dominante non sono contigui. L'obbiezione riposa sopra un errore; infatti, anche la via pubblica è un fondo serviente; è dessa che riceve per la prima le acque, e deve riceverle, quantunque faccia parte del demanio pubblico. Abbiamo già detto che le terre appartenenti al demanio pubblico sono soggette alla servitù dell'articolo 640: le strade pubbliche non sono forse destinate a ricevere le acque piovane e tutte le acque che vi scolano pel naturale declivio dei fondi? Dalla via pubblica le acque scolano in seguito sopra i fondi inferiori, il che esclude l'obbiezione della non contiguità. Si dice altresì che, essendo le strade opera dell'uomo le acque che ne scolano non hanno più quel corso che ad esse imprime la sola natura; ora l'articolo 640 dice formalmente che le acque debbono scolare sui fondi inferiori « senza che la mano dell'uomo vi abbia contribuito ». La obbiezione sarebbe fondata se, quando si costruì una strada, si avesse dato alle acque una direzione diversa dal corso che avevano naturalmente. Lo Stato che costruisce la strada non ha diritto di imporre ad un proprietario adiacente inferiore l'onere di ricevere acque che non sarebbero scolate sul suo fondo in virtù d'una legge della natura. Ma se la strada in nulla modifica il corso naturale delle acque, il proprietario adiacente non ha diritto di reclamare come non lo avrebbe se la strada fosse rimasta un terreno ordinario. È vero che la strada assorbe minor quantità d'acqua che una terra destinata alla coltivazione; si potrebbe conchiudere da ciò che vi è un aggravamento di servitù proibito dalla legge. Noi diremo più innanzi in che consista l'aggravamento di servitù che la legge divieta. La legge non impedisce al proprietario superiore di cambiare il modo di coltivazione, e per conseguenza di assorbire una maggiore o minore

(1) Bruxelles, 2 gennaio 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 49). La dottrina e la giurisprudenza francese sono nel medesimo senso (Demolombe, t. XI, p. 36, n. 39).

quantità d'acqua. In conclusione, quando anche egli trasmettesse tutta l'acqua che riceve, il proprietario inferiore non avrebbe neanche il diritto di dolersi, poichè si rimane nelle leggi della natura (1).

360. La condizione essenziale richiesta dall'articolo 640, perchè siavi luogo alla servitù che esso stabilisce, si è che le acque scolino dai fondi superiori sopra i fondi inferiori « naturalmente senza che abbiavi contribuito la mano dell'uomo ». In questo senso la servitù deriva dalla situazione dei luoghi; la legge non intende consacrare che l'opera d lla natura. È stato deciso, in applicazione di questo principio, che il proprietario del fondo superiore non può deviare il corso naturale delle acque piovane che scolano sul suo fondo, in modo da riversarle su terreni inferiori che ne fossero esenti. Se egli immuta lo stato dei luoghi il proprietario inferiore può domandare, col mezzo d'un'azione possessoria, che le cose siano ristabilite nel loro antico stato. Invano il proprietario superiore obbietterebbe ch'egli ha fatto i lavori nell'interesse della sua coltivazione, e senza alcun intento di nuocere; senza dubbio egli può coltivare i suoi fondi come crede, ma ad una condizione, cioè di non gravare i fondi vicini di una servitù che la legge non ha loro imposto (2).

Occorre, dice l'art. 640, che la mano dell'uomo in nulla contribuisca allo scolo delle acque. Donde segue che se lo scolo delle acque non è completamente naturale, non troverà applicazione l'art. 640. Tale sarebbe il caso in cui le acque fossero state raccolte in un acquedotto o in un canale (3); non è più l'opera della natura, e non può quindi parlarsi più di una servitù naturale. A miglior ragione è cosí quando i lavori costruiti dal proprietario superiore hanno per effetto di deviare il corso delle acque trasmettendole ad un proprietario che non le avrebbe ricevute se tali opere non fossero state fatte. Così ha giudicato la Corte di Gand in una specie in cui il proprietario superiore invocava pure l'interesse della sua coltivazione. La sentenza risponde con una legge romana che ciascuno deve senza dubbio migliorare la coltura del proprio fondo ma non può farlo a spese di quello del vicino. La massima va intesa in questo senso, che il proprietario del fondo superiore non ha diritto di gravare il fondo inferiore di una servitù, sia pure nell'interesse della sua coltivazione poichè nessuno può usare del proprio diritto in modo da ledere l'altrui (4).

---

(1) Sentenze di rigetto del 3 agosto 1852 (Dalloz, 1852, 1, 220) e del 24 giugno 1867 (Dalloz, 1867, 1, 503). Vi è una sentenza di Parigi del 31 dicembre 1861 nel medesimo senso (Dalloz, 1863, 2, 118). La Corte invocava anche antichi regolamenti, mantenuti dalla legge del 22 luglio 1791, art. 29. Demolombe, t. XI, p. 28, n. 20. Aubry e Rau, t. III, p. 8, nota 4.

(2) Sentenza di rigetto del 27 febbraio 1855 (Dalloz, 1855, 2, 131).

(3) Besançon, 10 marzo 1868 (Dalloz, 1868, 2, 131).

(4) Gand, 11 agosto 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 326).

361. Il principio che esclude la servitù quando lo scolo non è naturale si applica senza difficoltà alcuna alle acque domestiche. Tutto è artificiale in queste acque, perfino la loro stessa esistenza; è per smaltirle che si costruiscono acquedotti nelle città: non si può avere diritto di riversarle sui fondi vicini se non in virtù di un titolo. Il principio s'applica egualmente alle acque piovane che scolano dai tetti; la mano dell'uomo vi contribuisce; ciò basta per escludere una servitù che è opera della sola natura. V'ha d'altronde un testo formale che non permette alcun dubbio; l'art. 681 vuole che *ogni* proprietario costruisca i suoi tetti in modo che le acque piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica; egli non può, aggiunge la legge, farle cadere sul fondo del suo vicino. Ciò è decisivo, poichè la legge è concepita nei termini più generali: *ogni* proprietario, dice il codice. Dunque nessun proprietario può versare le acque che scolano dal suo tetto sul fondo del vicino; non vi è a distinguere se è un fondo laterale od un fondo inferiore, e non era lecito di far distinzione, nessuno potendo gravare i fondi dei suoi vicini d'una servitù a suo vantaggio (1).

362. È stato deciso che il proprietario superiore contravviene all'articolo 640 facendo sopra il suo fondo lavori che impediscono alle acque piovane di penetrare nelle terre, come acciottolati, intonacature, terrapieni ed altri lavori che ostacolano l'assorbimento delle acque. Vi sarebbe la mano dell'uomo, si dice, e perciò si è fuori della lettera e dello spirito della legge (2). Ma non si viene con ciò a dare all'articolo 640 una interpretazione eccessivamente rigorosa? Noi diremo or ora quali opere possa fare sul proprio terreno il proprietario del fondo serviente. Pel momento, si tratta di determinare se l'onere proviene dalla natura o se la mano dell'uomo vi entra per qualche cosa. È piuttosto una questione di fatto che di diritto. Ci sembra che la servitù esista pel fatto della natura, quando le acque scolano sul fondo inferiore pel declivio del terreno, mentre la servitù non sarebbe più naturale se i lavori deviassero la direzione delle acque. Se dunque l'acciottolato, per esempio, ha per effetto di dirigere le acque verso un fondo che non le avrebbe ricevute naturalmente, il proprietario inferiore potrà evidentemente reclamare. Ma se il declivió rimane il medesimo, la servitù naturale esiste; rimane a sapersi se il proprietario superiore non l'abbia aggravata. È questa una questione ben diversa sulla quale dovremo ritornare (3).

363. Una questione più difficile è quella di sapere se vi è servitù in forza dell'articolo 640, quando una sorgente scatu-

---

(1) Liegi, 1° dicembre 1869 (*Pasicrisie,* 1870, 2, 283). DEMOLOMBE, t. XI, p. 31 n. 24. AUBRY e RAU, t. II, p. 200 e nota 5 e le autorità che vi sono citate.
(2) Douai, [illegible] marzo 1845 (DALLOZ, 2, 167).
(3) Confronta DEMOLOMBE, t. XI, p. 32, n. 25 e le autorità che vi sono citate.

risce nel fondo superiore in conseguenza di lavori che vi sono fatti. A primo aspetto, si crederebbe non esservi dubbio, poichè le acque debbono in qualche modo la loro esistenza alla mano dell'uomo; il che esclude qualunque servitù naturale. Ma, in realtà, se mediante lavori fatti in un fondo, vi si fa scaturire una sorgente, non è l'uomo che crea l'acqua, ma la natura, ed è essa pure che le imprime il suo corso sul fondo inferiore; l'uomo non fa che aprire il seno della terra per dare un'uscita al tesoro che essa rinchiudeva.

Tuttavia la dottrina si è pronunciata per un'opinione diversa. Essa distingue. Se i lavori hanno per iscopo di fare scaturire l'acqua, non vi è servitù naturale: tale sarebbe il caso di un pozzo artesiano. Se invece, talune opere di costruzione facciano, accidentalmente, zampillare una sorgente, trattandosi di un fatto naturale, anche la servitù sarà naturale (1). La distinzione ci sembra poco giuridica. Chi cerca una sorgente nel suo fondo e la scopre, fa ciò che aveva diritto di fare; usando del suo diritto, non può essere responsabile delle conseguenze che ne risultano. Poco importano dunque lo scopo e la natura dei lavori fatti: dal momento che niuna colpa può addebitarsi a chi li eseguisce, l'acqua che sorge avrà il suo corso naturale sul fondo inferiore, ed in questo senso l'onere sarà naturale. A questa massima non può apportarsi che una restrizione; essa risulta dai principii generali concernenti la proprietà. Il proprietario è responsabile quando, usando del suo diritto, lede il diritto altrui. Se dunque un proprietario facesse degli scavi nel suo fondo per scoprirvi una miniera, e se per conseguenza di questi lavori inondasse il fondo inferiore e ne rendesse l'esercizio impossibile, vi sarebbe fatto dannoso e non servitù naturale di scolo (2).

Si è proposto ancora un altro temperamento. Quando il proprietario superiore scava un pozzo, si ammette che il proprietario inferiore è obbligato a ricevere le acque, se non è possibile ricacciarle nel suolo, od a procurar loro un'altra uscita; ma in questo caso si obbliga il proprietario superiore a pagare un'indennità al proprietario inferiore (3). Ciò ci sembra affatto inammissibile. Delle due l'una: o vi è servitù naturale, ed allora non vi è luogo ad indennità (n. 356); o non vi è servitù naturale, ed allora con qual diritto s'imporrebbe al proprietario inferiore l'onere di ricevere le acque, sia pure mediante indennità? Imporre una servitù, è smembrare la proprietà, è espropriare; e non si espropria che in virtù della legge. Vi è una legge che permette lo scolo forzoso delle acque, mediante il pagamento d'una indennità. A termini della legge belga del

---

(1) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. III, p. 9, nota 8.
(2) Bruxelles, 1° aprile 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 178).
(3) PARDESSUS, t. I, p. 201, n. 83. DAVIEL, t. III, n. 903.

27 agosto 1848, i proprietari inferiori debbono ricevere le acque naturali od artificiali di cui il proprietario superiore si serve per l'irrigazione delle sue proprietà, col mezzo di un acquedotto costruito sovra un fondo vicino; ed il medesimo onere esiste quanto alle acque stagnanti che sommergono un fondo in tutto o in parte (art. 2, 3). Queste disposizioni sono attinte alle leggi francesi del 1845 e del 1847. Esse depongono contro l'opinione che noi contrastiamo; poichè è stata necessaria una legge per assoggettare il rivierasco inferiore a ricevere le acque, nei casi previsti, mediante indennità. All'infuori della legge e della convenzione, non vi è servitù.

II. — Obbligazioni del proprietario inferiore.

364. L'articolo 640 dice che il proprietario inferiore non può innalzare alcun riparo che impedisca lo scolo dell'acqua. Questo principio deve essere formulato in modo più generale dicendosi che il proprietario inferiore non può costruire alcun'opera che faccia rifluire le acque sul fondo superiore o sui fondi vicini. Il suo fondo è gravato d'una servitù; egli non può affrancarsene in pregiudizio del fondo dominante nè di altri fondi, i quali, a norma della situazione dei luoghi, non debbono sopportare quest'onere. Si è opposto l'articolo 647, che permette ad ogni proprietario di chiudere il suo fondo e se ne è tratta la conseguenza che questa disposizione deroga a quella dell'articolo 640. La Corte di cassazione ha saggiamente deciso che le due disposizioni debbono conciliarsi fra loro, senza che si possa pretendere che l'una deroghi all'altra. Senza dubbio il proprietario inferiore può chiudere il suo fondo, ma non già in pregiudizio delle servitù che lo gravano. Quando adunque un'acqua scola sopra il suo fondo, egli per vero può chiuderlo, ma lasciando un'apertura sufficiente al libero passaggio delle acque (1).

365. Il proprietario inferiore è obbligato allo spurgo del canale che serve allo scolo delle acque, ovvero del letto che le acque si sono scavato? Secondo i principii che regolano le servitù, bisogna decidere che il proprietario del fondo inferiore non è tenuto a fare, che egli deve solamente soffrire che le acque scolino sul fondo. Così l'articolo 640 si limita a dire che egli non può elevare alcun riparo che impedisca questo scolo. Ma è altresì principio che quegli cui è dovuta una servitù ha diritto di fare tutti i lavori necessari per usarne e per conservarla. Donde segue che il proprietario superiore può far

---

(1) Sentenza di rigetto del 24 giugno 1867 (Dalloz, 1867, 1, 502). Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 10 e nota 11 e 12 e le autorità che vi sono citate.

pulire il canale a sue spese, il che gli attribuisce il diritto di penetrare nel fondo inferiore. S'intende da sè che se la pulizia fosse divenuta necessaria per la colpa o pel fatto del rivierasco inferiore, costui dovrebbe sopportarne le spese. Vi è un'altra restrizione ancora alla regola che assoggetta il proprietario del fondo serviente a soffrire ed a non fare; se le acque che egli deve ricevere formano un'acqua corrente, e l'autorità amministrativa ne ordina la pulizia, sarà obbligato a contribuirvi nella sua qualità di rivierasco (1).

366. Il proprietario inferiore può ancora invocare un altro principio relativo all'esercizio delle servitù. L'articolo 701 permette di conciliare gli opposti interessi del proprietario il cui fondo deve la servitù e di quello cui la servitù è dovuta; il primo può fare dei mutamenti nel fondo, purchè non nuocciano al proprietario dominante. Donde segue che il proprietario inferiore può eseguire quei lavori che crede opportuni per impedire alle acque di nuocere al suo fondo, a condizione che questi non arrechino alcun pregiudizio al proprietario superiore. Che si dovrà decidere se i lavori difensivi hanno per effetto di far rifluire le acque sul fondo superiore? Noi abbiamo esaminata la questione per quanto concerne i fiumi ed i torrenti (n. 293). I medesimi principii si applicano per analogia a tutte le acque. Non può trattarsi guari che delle acque torrenziali, che non formano punto corsi d'acqua regolari. La Corte di Chambéry ha giudicato che il proprietario inferiore poteva difendersi contro l'irruzione di acque torrenziali che ogni dieci o quindici anni cadono in conseguenza di spaventevoli procelle, devastando ogni cosa sul loro passaggio. L'articolo 640 non è stato certo redatto per gli accidenti di forza maggiore; il codice suppone acque che abbiano un corso regolare. Se si tratta d'un torrente devastatore, tutti i proprietari hanno diritto di respingere gli attacchi del nemico (2).

III. — Obbligazioni del proprietario superiore.

367. A termini dell'articolo 640, il proprietario superiore nulla può fare che aggravi la servitù del fondo inferiore. È questa l'applicazione d'una regola generale in materia di servitù. Secondo l'articolo 762, il proprietario dominante non può fare, nè sul fondo che deve la servitù, nè su quello cui è dovuta, alcun mutamento che aggravi la condizione del primo. Nelle servitù costituite pel fatto dell'uomo, è abbastanza facile

(1) Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, nn. 1327 e 1328. Duranton, t. V, p. 157, n. 161. Demolombe, t. XI, p. 41, n. 33. Aubry e Rau, t. III, p. 10 e note 14-17.

(2) Chambéry 14 agosto 1868 (Dalloz, 1868, 2, 235). Confronta Duranton, t. V, p. 158, n. 162.

constatare se v'è un mutamento, e se ne risulti l'aggravamento dell'onere pel fondo serviente, perchè il titolo determina d'ordinario il modo d'esercizio della servitù; e in difetto di titolo, si ricorre al possesso, che non risale giammai al di là di trent'anni. Ma come conoscere, quando si tratta d'un corso d'acqua, qual era lo stato primitivo dei luoghi? Qual'è l'epoca cui bisogna risalire? Forse al diluvio? Si dice che lo stato il quale sempre ha esistito da oltre trent'anni dev'essere considerato come costituente la situazione naturale dei luoghi (1). Senza dubbio il legislatore avrebbe potuto e forse avrebbe dovuto decidere così, ma non lo ha fatto, e nel silenzio della legge, non può farlo l'interprete, giacchè verrebbe a creare una vera presunzione, la quale non può esistere, senza un testo formale. La questione rimane dunque di fatto, ed il giudice la deciderà con ricerche e perizie.

368. La legge proibisce al proprietario dominante di rendere più gravosa la servitù. Quando vi sarà aggravamento? Tutti ammettono che il proprietario superiore non può corrompere le acque; era questa già la decisione dei giureconsulti romani (2). Se la corruzione delle acque può cagionare un danno al proprietario inferiore, astrazion fatta dall'uso che ei ne facesse, la soluzione non è dubbia: è l'applicazione del principio che regola i fatti dannosi. Ma se le acque fossero solamente corrotte nel senso che esse siano divenute meno pure, che per conseguenza il rivierasco inferiore non possa usarne per i bisogni domestici, non vi è luogo ad applicare l'articolo 640; poichè questa disposizione concerne lo scolo delle acque e non l'uso che il rivierasco inferiore ne può fare; essa non conferisce un diritto, ma impone un onere. Il rivierasco inferiore non può dunque dolersi che il corrompimento delle acque non gli permetta di servirsene. Bisogna vedere anzitutto se egli abbia diritto alle acque; tale questione è risoluta non dall'art. 640, ma dall'art. 641, se si tratta d'una sorgente, e dall'art. 644, per ciò che riguarda un corso d'acqua non navigabile. Se il rivierasco inferiore ha un diritto sulle acque, è certo che il proprietario superiore non può trasmettergliele corrotte (n. 181 e 297), ma, se non vi ha alcun diritto, non può dolersi se non quando la corruzione delle acque, da sè stessa, gli cagiona un pregiudizio nuocendo alla salute delle persone o delle piantagioni.

369. Il vero aggravamento proibito dall'articolo 640 è quello che concerne lo scolo delle acque; ciò che accade quando il proprietario superiore imprime ad esse un corso più rapido, e per conseguenza nocivo ai fondi inferiori. Si dovrà dedurne la

---

(1) Demolombe, t. XI, p. 45, n. 35.

(2) L. 3, pr., D., de *aqua et aq. pluv. arc.* (XXXIX, 3). Proudhon, *Du domaine public*, t. IV, n. 1305. Aubry e Rau, t. III, p. II, nota 19 e le autorità che vi sono citate.

conseguenza che se sovra il fondo superiore vi sono ὀpere d'arte destinate a garantire il sottostante terreno contro l'invasione delle acque piovane, il proprietario superiore non possa distruggerle? Così venne giudicato in un caso in cui queste opere esistevano da oltre trent'anni (1), e senza dubbio in forza della presunzione da noi combattuta (n. 307). Se non vi è presunzione che determini lo stato naturale dei luoghi, meno ancora se ne può ammettere una per le opere fatte dal proprietario superiore nel suo fondo. Queste opere non conferiscono alcun diritto al proprietario inferiore, salvo che non siano state fatte, in forza d'una convenzione che imponga quest'obbligo al proprietario superiore. Quanto alla servitù naturale stabilita dall'articolo 640, essa obbliga solamente il proprietario superiore a nulla fare che aggravi l'onere del proprietario inferiore.

370. Potrà il proprietario superiore fare lavori di coltivazione, quando questi hanno per conseguenza un aggravamento della servitù in pregiudizio del fondo inferiore? Stando al testo dell'art. 640, la questione non potrebbe neppure essere sollevata, poichè esso proibisce qualunque aggravamento della servitù risultante dal fatto del proprietario superiore. Ma non si può separare la legge dalla tradizione cui si collega. La servitù consacrata dal codice civile proviene dal diritto romano; e di certo il legislatore francese non ha inteso mostrarsi più rigoroso dei giureconsulti di Roma, che abitualmente danno così grande importanza al rigore dei principî. Ebbene, nella soggetta materia, essi consultano anzitutto l'equità, ed anche in ciò danno prova di quel senso squisito che li distingue. È la natura che impone l'onere al proprietario inferiore, ma essa non dimentica il proprietario superiore; se si oppone a che il proprietario superiore aggravi, senza utilità per lui, l'onere del proprietario inferiore, non vuole neppure che costui sia impedito di coltivare il suo fondo e di migliorarne la coltura; ed a ciò appunto si giungerebbe dove si volesse applicare alla lettera la disposizione che gli proibisce di nulla fare che valga ad aggravare la servitù del fondo inferiore. I giureconsulti romani si sono ben guardati da queste aberrazioni; essi permettono al proprietario superiore di tracciare dei solchi che, facilitando lo scolo delle acque, le riversano necessariamente con maggiore rapidità sul fondo inferiore; beninteso se l'interesse della coltivazione lo esige, poichè bisogna conciliare gli interessi dei due proprietari e non sacrificare l'uno all'altro. Il proprietario superiore può ancora mutare forma di coltivo, quantunque questa modificazione aggravi l'onere del proprieta-

---

(1) Sentenza di Lione del 29 maggio 1844 (Dalloz, 1845, 2, 125). La decisione è fondata sui fatti particolari della causa; si avrebbe torto di considerarla come una sentenza di dottrina.

rio, purchè lo faccia per trarre dal suo fondo frutti più abbondanti. Sarebbe altrettanto assurdo immobilizzare la coltura d'un fondo sino alla fine dei secoli quanto condannarlo ad un'eterna sterilità (1).

Noi crediamo con Demolombe che bisogna andare più in là, e permettere al proprietario superiore di fare costruzioni ancor quando ne risultasse un maggiore aggravio pel proprietario inferiore (2). I fondi sono destinati tanto a costruirvi sopra quanto ad essere coltivati; s'impedirà al proprietario di lastricare il suo cortile, per ciò che un cortile lastricato lascia defluire una maggior quantità d'acqua di quello che non lo sia? Anche qui il rigore del diritto deve essere temperato dall'equità. Se vi è contestazione fra i due proprietari, il giudice s'ispirerà all'equità che ha dettate le decisioni dei giureconsulti romani. Trova dunque luogo qui un potere di conciliazione, come in materia di acque correnti, quando i rivieraschi se ne disputano l'uso. Il codice non lo dice, ma la natura delle cose lo esige, e l'esempio dei giureconsulti romani lo autorizza; non già che l'interprete abbia in generale quell'ampiezza di decisione che apparteneva ai giureconsulti di Roma, ma quando il codice ha attinto un principio alle leggi romane, è naturale che lo si intenda e lo si spieghi di conformità alla tradizione.

IV. — Modificazioni della servitù.

371. La servitù stabilita dall'art. 640 può essere modificata? In altri termini, può essa venir aggravata a vantaggio del proprietario superiore? e può essere ristretta od anche tolta di mezzo nell'interesse del proprietario inferiore, in guisa da liberarlo in tutto od in parte dall'onere che grava il suo fondo? Che la servitù possa essere modificata mediante convenzioni intervenute tra le parti interessate, non è affatto dubbio. Essa è d'interesse privato, nulla per conseguenza impedisce ai proprietari di estenderla, restringerla od abolirla; è l'applicazione del diritto comune. Il che può farsi tanto per convenzione quanto ancora per destinazione del padre di famiglia, poichè questa tien luogo di titolo. Infine la prescrizione surroga la convenzione, ovverosia suppone l'esistenza di una convenzione, per lo meno tacita. Relativamente a quest'ultimo punto vi è qualche difficoltà. Si domanda quali condizioni siano richieste per l'esistenza della prescrizione.

---

(1) L. 1, §§ 3, 4, 5 e 7, D., *de aqua et aquae pluv. arcend.* (XXXIX, 3). PROUDHON, *Du domaine public*, t. IV, nn. 1308 e 1309. DURANTON, t. V, p. 160, n. 165. AUBRY e RAU, t. III, p. II, e note 21 e 22. Sentenza di rigetto del 31 maggio 1848 e le osservazioni del consigliere MESNARD (DALLOZ, 1848, 1, 154).

(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 48, n. 39. In senso contrario AUBRY e RAU, t. III, p. 11, nota 21.

372. Quando la servitù è aggravata a vantaggio del proprietario superiore, tutti sono d'accordo. Si tratta in questo caso di imporre una servitù al proprietario inferiore. Ciò non presenta alcun dubbio nell'opinione di coloro i quali pensano che l'onere stabilito dall'articolo 640 non sia una vera servitù; è certo che diventa una vera servitù dal momento che interviene una convenzione che assoggetta il fondo inferiore al fondo superiore, poichè con ciò la libertà naturale dei fondi viene ristretta, e quindi sorge una vera servitù. Nell'opinione contraria la servitù naturale stabilita dall'art. 640 si muta in servitù convenzionale, quando le convenzioni dei due proprietari interessati aggravano l'onere che la situazione dei luoghi crea a vantaggio del proprietario superiore; un aggravamento di servitù è una nuova servitù. Ora, le servitù possono costituirsi col possesso di trent'anni quando sono continue ed apparenti (art. 690). Se dunque il proprietario superiore fa delle opere, come un acquedotto, per trasmettere sul fondo inferiore acque domestiche o provenienti da un'officina; ovvero se devia, mediante lavori artificiali, il corso naturale delle acque piovane o sorgive, e se il proprietario inferiore sopporta questo stato di cose per trent'anni, vi sarà aggravamento di servitù, od una nuova servitù acquisita per prescrizione. Si suppone naturalmente che il possesso trentennale riunisca le condizioni prescritte dalla legge (art. 2229). Ciò è di diritto comune (1).

373. Quando si tratta del proprietario inferiore, vi è qualche difficoltà. Non si è d'accordo sulla natura dell'onere stabilito dall'articolo 640; è esso una servitù? o è lo stato generale, naturale delle proprietà, quale risulta dalla situazione dei luoghi? Se è una servitù e se il proprietario inferiore pretende che sia stata ristretta o tolta di mezzo a suo profitto mediante la prescrizione, bisogna applicare i principii che regolano l'estinzione delle servitù. Poichè la servitù è continua, occorre, a termini degli articoli 706 e 707, che siano stati fatti lavori tali che impediscano l'esercizio delle servitù o lo restringano, ed occorre, che questo stato di cose sia esistito per trent'anni. Poco importa del resto che i lavori siano stati eseguiti dal proprietario inferiore o dal superiore. Trattasi della estinzione d'una servitù; ora l'articolo 707 esige soltanto che siasi compiuto un atto contrario alla servitù (2).

Se si ammette che l'onere gravante i fondi inferiori non è una vera servitù, allora la prescrizione invocata dal proprietario inferiore non può essere che una prescrizione acquisitiva, nel senso che egli si libera dal peso acquistando una servitù contraria a favore del fondo inferiore. Secondo questa opinione, occorrono pure dei lavori, ma si richiede che questi

(1) Duranton, t. V, p. 164, n. 172.
(2) Aubry e Rau, t. III, p. 12 e nota 26.

siano opera di colui che vuole acquistare la servitu, vale a dire del proprietario inferiore, giacchè quanto il proprietario superiore fa sul suo fondo, non potrebbe conferire alcun diritto al proprietario inferiore (1).

Il testo dell'articolo 640 decide la questione in favore dell'opinione che noi abbiamo insegnata, poichè la legge qualifica espressamente quest'onere come una *servitù*.

374. Vi è un'ultima opinione che facilita singolarmente la liberazione del proprietario inferiore. Si pretende che dal momento che vi sono lavori fatti in vista ed a saputa del proprietario superiore, e che abbiano per oggetto d'impedire l'esercizio della servitù, il silenzio del proprietario implica la remissione della servitù. Coloro che insegnano questa dottrina non sono d'accordo sull'applicazione che ne va fatta alla nostra specie (2). Noi non entreremo in questa controversia, poichè rigettiamo il principio dal quale procede. Risulta dagli articoli 706 e 707 che il semplice fatto della costruzione di opere contrarie alla servitù non basta per estinguerla, ma occorre che questa contraddizione sia durata trent'anni. Dunque la legge non ammette la remissione tacita delle servitù come conseguenza del consenso che il proprietario del fondo dominante dà alle opere che impediscono l'esercizio del suo diritto. Noi dovremo ritornare su questo punto.

N. 3. — Delle servitù relative all'irrigazione.

1. — Della servitù d'acquedotto.

a) Principio.

375. A termini della legge belga del 27 aprile 1848 (3) (articolo 1.°), « ogni proprietario che vorrà servirsi, per la irrigazione delle sue proprietà, delle acque naturali od artificiali di cui ha il diritto di disporre, potrà ottenere il passaggio di queste acque sui fondi intermedii, mediante un equo e preventivo compenso ». Questa servitù d'acquedotto è stata introdotta per favorire la irrigazione dei terreni non rivieraschi. Essa è legale nel senso che la legge la crea, ma non esiste di pieno diritto; chi vuol profittare del beneficio della legge deve reclamare il passaggio,

---

(1) DURANTON, t. V, p. 165, n. 173. DEMOLOMBE, t. XI, p. 58, nn. 48 e 49.

(2) FAVARD, *Répertoire*, alla parola *Servitude*, sez. I, § I, e sez. V. TOULLIER, t. III, n. 590. DAVIEL, *Des cours d'eaux*, t. I, n. 369 e t. II, n. 694 *bis*. In senso contrario, DURANTON, t. V, nn. 173 e 174 e DUVERGIER su TOULLIER, t. II, p. 229, nota *a* e p. 231, nota *a*.

(3) La legge belga è la riproduzione letterale della legge francese del 29 aprile 1845. Si possono dunque invocare la dottrina e la giurisprudenza francesi per l'interpretazione della legge del 1848.

e dove sorga contestazione, il tribunale potrà non accordarlo. Ciò risulta dal testo della legge e dal motivo che ha fatto modificare la redazione primitiva. L'art. 1 dice che ogni proprietario *potrà ottenere* il passaggio; il progetto di legge francese disponeva che potrebbe *reclamarlo*, il che implicava che il tribunale doveva necessariamente accordarlo. Si è voluto lasciare al giudice la facoltà di apprezzare se la servitù domandata fosse realmente utile o necessaria nell'interesse dell'agricoltura. È una restrizione imposta alla proprietà; ora, è principio che la proprietà è libera, e che il proprietario gode di un diritto assoluto il quale non può essere modificato che per motivi d'interesse generale. L'irrigazione è senza dubbio d'interesse pubblico, ma se ne fosse fatta richiesta per un giardino d'abbellimento, o per un prato di poca estensione, allorchè l'acquedotto dovrebbe attraversare un gran numero di fondi intermedii, gl'inconvenienti sorpasserebbero i vantaggi: quindi i tribunali avranno piena libertà d'apprezzamento. L'autore dell'emendamento ha supposto ancora il caso seguente, che noi citiamo perchè fa conoscere lo spirito della legge. Si tratta di un'acqua privata, di una sorgente: per lungo tempo il proprietario del fondo in cui scaturisce l'ha lasciata scorrere sui fondi inferiori, ed i proprietari di questi fondi hanno utilizzata per la irrigazione delle loro terre. Se il proprietario superiore la vende ad un non rivierasco, potrà costui reclamare la servitù di acquedotto attraverso i fondi intermedi? L'agricoltura nulla vi guadagnerebbe, risponde Pascalis, vi sarebbe spostamento e non estensione del beneficio dell'irrigazione. « Il progetto non introduce la servitù forzata per favorire simili combinazioni (1) ».

376. La legge dice che il proprietario interessato potrà ottenere il *passaggio delle acque* per i fondi intermedi. Si tratta dunque della costituzione di una servitù e non di una espropriazione. Si legge nella relazione fatta da Dalloz alla Camera dei deputati che il rispetto dovuto alla proprietà non ha permesso di privare i proprietari intermedi d'una parte dei loro fondi nell'interesse privato di colui che vuol servirsi delle acque per irrigare le sue terre. A vero dire, la differenza non è che di parole. La servitù non è forse un smembramento della proprietà? È dunque una espropriazione parziale. Sia parziale o totale, essa, nella specie, è perfettamente giustificata. È vero che è un privato che domanda la servitù, ma lo fa in nome di un interesse sociale (n.° 354); ora, dal momento che la società è interessata a che un proprietario ceda la sua proprietà in tutto od in parte, l'interesse privato del proprietario espropriato deve cedere innanzi all'utilità pubblica. Il nostro diritto costituzionale non prescrive che una condizione, cioè un previo inden-

---

(1) *Moniteur* del 14 febbraio 1875 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1845, 3, 120 nota 7, 1).

nizzo, e questa condizione è scritta nella legge del 1848, il che prova che lo stesso legislatore considera la costituzione della servitù come una specie di espropriazione (1).

b) *Condizioni. — 1.° Il diritto alle acque.*

377. Perchè il proprietario possa domandare il passaggio delle acque per i fondi intermedi, occorre naturalmente che egli abbia anzitutto il diritto di disporne. Le leggi francese e belga lo dicono in modo espresso. Ma l'applicazione non va scevra da difficoltà. Noi abbiamo esposto i principii che regolano l'uso delle acque; se questi fossero al sicuro da ogni controversia, il nostro compito sarebbe assai semplice; non avremmo che far rinvio a ciò che abbiamo già detto. Ma non mancano invece le controversie, che possono essere riferite a due diversi sistemi. L'uno si attiene al testo ed allo spirito della legge, senza preoccuparsi degli interessi generali, nè dei progressi che l'agricoltura e l'industria hanno compiuti dopo la pubblicazione del codice civile: è questo il metodo che noi abbiamo seguito in tutto il corso del presente lavoro. Noi non riconosciamo all'interprete il diritto di modificare la legge; il solo legislatore può ispirarsi ai nuovi bisogni che sorgono man mano per porre le leggi in armonia con lo stato sociale. Vi è un altro sistema che cerca di adattare la legge ai nuovi bisogni, estendendola per mezzo di una larga interpretazione. Queste due vie menano a conseguenze ben diverse. Ci troviamo dunque di fronte a principii incerti, contestati. Donde la difficoltà che si presenta nell'applicazione delle nuove leggi; esse mantengono in vigore le disposizioni del codice civile, ciò è certo (2), ma qual'è l'interpretazione che consacrano? Quella letterale e rigorosa, o quella invece più larga che si accomoda ai nuovi bisogni della società moderna? La risposta non ci sembra dubbia. Qual'è l'obbietto delle leggi belghe e francesi? E precisamente quello di mettere il codice in armonia colle modificazioni che sono avvenute nello stato sociale. Ora, l'armonia non esisterebbe se si continuasse a seguire i principî stretti del codice civile nell'applicazione delle leggi che hanno voluto tener conto dei bisogni che gli autori del codice ignoravano. Attenersi quindi rigidamente alla stretta interpretazione del codice sarebbe mettersi in opposizione con lo spirito delle leggi nuove. Bisogna dar la preferenza all'interpretazione più estesa, se si vuole che le

(1) Relazione di DALLOZ sulla legge francese del 1845 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1845, 3, p. 116).
(2) Vedi la dichiarazione del relatore, nella seduta del 12 febbraio 1845 (*Moniteur* del 13, e DALLOZ, 1845, 3, 119).

nuove leggi raggiungano lo scopo pel quale sono state emanate. Da ciò si rileva che in un certo senso il legislatore ha modificato il codice Napoleone: il testo rimane il medesimo, ma è innovato lo spirito secondo cui va interpretato. Ciò non è privo d'inconvenienti nè di difficoltà: donde l'incertezza che regna nella giurisprudenza.

378. Il diritto sulle acque differisce secondo che esse siano oggetto d'una proprietà assoluta o di una proprietà limitata. Noi abbiamo già detto che le acque sorgive appartengono al proprietario del fondo, il quale ne dispone a sua volontà; sono questi i termini della legge (art. 641). Può egli altresì disporne in modo assoluto, fuori del fondo in cui la sorgente scaturisce? Qui incominciano il dubbio e la controversia. Noi abbiamo insegnato che la sorgente, dal momento che ha oltrepassato i confini del fondo in cui nasce, diviene un'acqua corrente, e che per conseguenza il proprietario non può condurla in un fondo non rivierasco, nè cederla ad uno dei rivieraschi o ad un altro proprietario (n.° 183-185 e 191). La giurisprudenza si è pronunciata, anche sotto l'impero del codice civile, in favore del proprietario della sorgente. Per applicazione di questo principio, bisogna decidere che il proprietario della sorgente può domandare il passaggio di queste acque sopra i fondi intermedi al fine di irrigare un terreno non rivierasco che gli appartiene. Pel medesimo motivo, egli potrà cedere il suo diritto sulle acque della sorgente ad un proprietario non rivierasco (1). Il testo della nuova legge è perfettamente applicabile; il proprietario della sorgente ha diritto di disporre delle sue acque, poichè può usarne a sua volontà, a termini dell'articolo 641; e nello spirito della legge, il beneficio dell'irrigazione può essere esteso ad ogni fondo mediante la servitù d'acquedotto che essa stabilisce sui fondi intermedi. Su questo punto non vi è alcun dubbio fra gl'interpreti e nella giurisprudenza.

Qualche incertezza sorge quando si tratta di applicare questi principî alle acque piovane, ed il dubbio proviene dal non trovarsi gli autori d'accordo circa la proprietà di acque. È stato deciso che il proprietario sul cui fondo scolano le acque piovane provenienti dai fondi superiori non ha il diritto di disporre delle acque, e perciò non può domandare la servitù d'acquedotto per trasmetterle (2). Più che restrittiva, questa interpretazione è affatto erronea. Rimandiamo su di ciò il lettore a quanto scrivemmo più addietro (n. 225). Le acque piovane accedono al fondo sul quale scorrono; il proprietario ha dunque il diritto di disporne; e ciò risolve la questione. Anche le acque piovane derivate dalla via pubblica divengono proprietà dei ri-

(1) Demolombe, t. XI, p. 250, n. 208, e le autorità che cita.
(2) Colmar, 13 marzo 1850 (Dalloz, 1855, 2, 227).

vieraschi; essi ne possono disporre, dunque possono invocare altresì il beneficio della servitù d'acquedotto (1).

379. I rivieraschi dei corsi d'acqua non navigabili hanno la proprietà delle acque ovvero non ne hanno che l'uso? Noi abbiamo esposto altrove la controversia (2), la quale ha influenza su tutte le questioni che sorgono nella pratica. Un primo punto è certo, cioè che per aver diritto alle acque bisogna essere rivierasco. Il proprietario che è separato da un corso d'acqua per mezzo d'una strada pubblica può domandare il passaggio delle acque dalla strada per condurle sul suo fondo? A nostro parere, egli non può invocare nè il codice civile, nè la nuova legge. Il codice civile non concede un diritto se non a coloro i cui fondi sono costeggiati o attraversati da un corso d'acqua, e la legge del 1848 esige come condizione principale quella che il proprietario che reclama una servitù d'acquedotto abbia diritto alle acque. Lo Stato, cui appartiene la via pubblica; potrebbe concedere al proprietario adiacente di servirsi delle acque mediante un acquedotto? Sì, dove si ammetta che i rivieraschi possono cedere i loro diritti ad un rivierasco. No, se questa concessione non può farsi. Nella specie, il rivierasco è lo Stato; un proprietario il cui fondo è adiacente alla strada non ha dunque il diritto d'invocare la legge del 1848; egli nol potrebbe se non come concessionario (3). Ci occorre vedere dunque se i rivieraschi possano trasmettere i loro diritti.

Una prima questione si presenta. I rivieraschi possono servirsi delle acque per irrigare un fondo non rivierasco che loro appartiene? Noi abbiamo risoluto questo dubbio negativamente, secondo il codice civile (n. 280); ma un'opinione più favorevole ai rivieraschi ha prevalso dopo che la nuova legge permette a coloro che possono disporre delle acque di domandarne il passaggio sui fondi intermedi, al fine d'irrigare un fondo non rivierasco. La servitù d'acquedotto non avrebbe alcuna utilità se non potesse essere reclamata dai rivieraschi dei corsi d'acqua non navigabili. La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (4). Rimane a sapere di qual volume di acqua il rivierasco può disporre se vuole irrigare un fondo non rivierasco. Noi ritorneremo su questo punto.

Supponendo che i rivieraschi abbiano diritto di valersi delle acque per la irrigazione di un fondo non rivierasco, è difficile di non accordar loro la facoltà di disporne a vantaggio di un altro proprietario. Siffatta questione è tuttavia assai controversa.

---

(1) Agen, 7 febbraio 1856 (Dalloz, 1856, 2, 57). Sentenza di rigetto del 9 febbraio 1857 (Dalloz, 1857, 1, 255). Aubry e Rau, t. III, p 16 e nota 8 e gli autori che vi sono citati.

(2) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 15 e seg.

(3) Confronta il decreto del Consiglio di Stato dell'8 marzo 1860 (Dalloz, 1860, 3, 83).

(4) Vedi le autorità citate da Aubry e Rau, t. III, p. 14 e nota 5.

Nella relazione che accompagna la legge francese del 1845, si legge che la medesima non aveva mancato di venir sollevata in seno alla commissione, e che la si era lasciata indecisa come quella che doveva essere risoluta secondo i principii del diritto comune (1). Quando si discusse la legge del 1847, si ritornò sulla questione; essa fu vivamente dibattuta sopratutto in quanto concerne le concessioni fatte dal governo sulle acque navigabili. La commissione della Camera dei deputati dichiarò che la legge del 1847 non pregiudicava il senso della legge del 1845 cui la interpretazione non era di competenza della Camera. La commissione della Camera dei Pari si pronunciò invece per la interpretazione restrittiva (2). La giurisprudenza è scissa (3). Noi ammettiamo, senza esitare, l'opinione favorevole ai rivieraschi, ben inteso partendo dal principio che si riconosce generalmente, quanto alla facoltà dei rivieraschi, di disporre delle acque per la irrigazione delle loro proprietà non rivierasche. Una volta riconosciuto questo diritto, bisogna essere logici ed ammettere altresì le conseguenze che ne derivano; se il diritto d'irrigazione può essere trasferito ad un fondo non rivierasco, che importa che questo fondo appartenga ad un rivierasco o ad un non rivierasco? Esso è stabilito a vantaggio dei fondi, non delle persone.

380. In un caso particolare, si è presentata questa difficoltà. Suppongasi che un ostacolo naturale, come lo scoscendimento o la elevazione della ripa, si opponga aila presa d'acqua che il rivierasco volesse fare per la irrigazione del suo fondo; egli acquista un lingua di terra sulla ripa attinente alla sua proprietà; potrà prendere le acque su questo punto e condurle su questo terreno per servire all'irrigazione della proprietà scoscesa? È stato deciso che il rivierasco non poteva derivare che l'acqua di cui aveva il diritto di disporre per la irrigazione della parte nuovamente acquistata (4). Questa sentenza consacra l'interpretazione più restrittiva del codice civile, stabiliendo che il rivierasco deve prendere le acque di fronte al fondo che vuole irrigare, e sopra un punto della ripa compreso tra i confini di questo fondo. L'art. 644 non dice ciò; e le nuove leggi che permettono al rivierasco di derivare l'acqua della quale ha il diritto di servirsi per l'irrigazione di un fondo non rivierasco, gli permettono a maggior ragione di usare delle acque per tutti i suoi fondi rivieraschi, senza che siavi a distinguere se egli prenda le acque di fronte alla ripa o sopra un altro punto in cui è ugualmente rivierasco. Perciò la sentenza è stata cassata (5).

---

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, p. 119, nota 4.
(2) Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 3, p. 119, nota 4.
(3) Sentenza di Montpellier, per la interpretazione restrittiva, del 17 febbraio 1852 (Dalloz, 1854, 1, 209); Agen, 7 febbraio 1856 (Dalloz, 1856, 2, 57). Demolombe, t. XI, p. 252, n. 211; Aubry e Rau, t. III, p. 65, nota 7.
(4) Aix, 30 giugno 1845 (Dalloz, 1846, 2, 1).
(5) Sentenza di cassazione del 14 marzo 1849 (Dalloz, 1849, 1, 108). Confronta, retro, n. 276.

Diversa è la questione di sapere se il rivierasco possa derivare le acque all'insù sopra un punto in cui esse non costeggiano la sua proprietà. È certo che in virtù dell'articolo 644, egli non ha questo diritto. La nuova legge glielo ha forse conferito? Viene insegnato così da taluno (1). È certo che, nella specie, il rivierasco ha diritto di usare delle acque, ma non quello di prenderle sopra un punto della ripa che non gli appartiene; ciò non costituerebbe la servitù di passaggio stabilita dalle leggi del 1845 e del 1848, poichè questa servitù suppone che il proprietario abbia diritto di condurre le acque sino al fondo intermedio sul quale domanda il passaggio, mentre nella specie questo diritto appartiene ad un altro rivierasco; sarebbe dunque una nuova servitù che il proprietario vorrebbe imporre ad un conrivierasco, servitù che tenderebbe a privare costui del diritto che gli conferisce l'articolo 644: il che non può ammettersi. Vi è una sentenza della Corte di cassazione nel senso della nostra opinione, che è quella di Demolombe (2).

381. Una questione analoga, ma diversa nella sostanza si presenta per i corsi d'acqua navigabili. Si domanda anzitutto se il governo possa accordare delle prese d'acqua su questi corsi. Il decreto del 19 ventoso anno VI attribuì formalmente all'autorità amministrativa il potere di concedere prese d'acqua sui fiumi navigabili od atti al trasporto. Si dovrà trarne la conseguenza che il concessionario possa domandare il passaggio pel fondo rivierasco delle acque che gli si è permesso di derivare? Vi è un motivo di dubbio, ed è che egli dovrebbe praticare una presa d'acqua sopra un fondo rivierasco che non gli appartiene, indi condurre le acque mediante un acquedotto sul fondo che vuole irrigare. Ora, le leggi ben gli concedono la servitù d'acquedotto, non quella di presa d'acqua. Si risponde che, nella specie, avendo il concessionario ottenuto il diritto di servirsi delle acque non può reclamare un acquedotto per condurle nel suo fondo; se inoltre deve fare dei lavori all'effetto di condurre le acque nell'acquedotto, è il caso d'applicare il principio scritto nell'articolo 697, a termini del quale chi possiede una servitù ha diritto di fare tutte le opere necessarie per usarne (3). A nostro parere l'articolo 697 prevede un caso diverso da quello che abbiano esaminato; il rivierasco d'un fiume navigabile non ha alcun diritto sulle acque, egli non può dunque opporre al concessionario che questi lo privi d'un diritto, esercitando una presa d'acqua sul suo fondo.

---

(1) Daviel, *Commentaire de la loi de* 1845, p. 30, n. 13.

(2) Sentenza di rigetto del 15 novembre 1854 (Dalloz, 1855, 1, 78). Demolombe, t. XI, p. 255, n. 213.

(3) Aubry e Rau, t. III, p. 16, nota 9. In senso contrario, Demolombe, t. XI, p. 254, n. 212.

a) *Seconda condizione. Interesse della irrigazione.*

382. La servitù d'acquedotto è stata stabilita nell'interesse della agricoltura; le relazioni e la discussione non lasciano alcun dubbio su questo punto. Ciò è detto nel testo medesimo: « Qualunque proprietario che vorrà servirsi, *per la irrigazione delle sue proprietà,* delle acque di cui ha diritto di disporre ». Ora, è principio che le servitù e sopratutto le servitù legali debbonsi interpretare restrittivamente; donde segue che la servitù d'acquedotto non può essere domandata per un uso diverso delle acque. Questo principio è stato proclamato quando si discusse la legge francese. La proprietà è un diritto esclusivo e geloso; essa trovò difensori ardenti in seno alle Camere; non si attentava forse alla proprietà permettendo che le si imponessero delle restrizioni nell'interesse puramente privato? Sotto il pretesto dell'interesse dell'agricoltura, non avverrebbe facilmente che un proprietario sia gravato d'una servitù d'acquedotto onerosissima, allorchè, nella realtà, quest'onere non avrà per obbietto che di soddisfare ad un interesse industriale e domestico, forse anche al capriccio d'un ricco vicino? A queste obiezioni, il relatore rispose: « La servitù che si propone di creare non costituisce un diritto assoluto a vantaggio del proprietario che domanda il passaggio delle acque: il tribunale è chiamato a constatare se realmente la servitù d'acquedotto abbia per oggetto la irrigazione. Non basterà allegare una irrigazione immaginaria, od invocare un simulacro d'irrigazione per ottenere dal giudice il diritto di dirigere sulla proprietà vicina acque destinate all'esercizio d'una officina, alla comodità d'una casa di campagna od all'abbellimento d'un parco. Non basterà nemmeno che si abbia un volume d'acqua qualunque a sua disposizione, se il livello delle terre non permette la irrigazione, o se il volume d'acqua è evidentemente insufficiente; poichè la proprietà privata non può essere asservita che per considerazioni di interesse generale il quale non può esistere se non là dove la irrigazione è reale ed utile. In questo senso la disposizione è stata concepita, ed i tribunali sono rivestiti di un potere discrezionale atto a far rispettare il pensiero della legge (1).

In applicazione di questo principio venne giudicato che la servitù di acquedotto non può essere costituita nell'interesse di una officina (2). Noi esponiamo i principii della legge, senza

---

(1) *Moniteur* del 13 febbraio 1845. Dalloz, *Recueil périodique,* 1845, 3, 118, nota 3, 1.

(2) Sentenza di rigetto del 29 giugno 1839 (Dalloz, 1859, 1, 415). Confronta Demolombe, t. XI, p. 247, n. 295. Aubry e Rau, t. III, p. 17 e nota 10.

volerli giustificare. L'interesse dell'industria è altrettanto degno di considerazione quanto quello dell'agricoltura; se le nuove leggi lo hanno escluso, gli è perchè esse avevano un obbietto speciale. In una futura revisione del codice civile, si terrà gran conto dei bisogni dell'industria, la quale è oramai divenuta un principio vitale per le società moderne.

b) *Costituzione della servitù.*

383. La legge belga del 1848, al pari della legge francese del 1845, di cui è la riproduzione, stabiliscono alcuni principii relativi alla competenza dei tribunali e dell'autorità amministrativa. Da una parte, dispongono che esse non intendono di derogare alle leggi che regolano la polizia delle acque (legge del 1848, art. 9). In applicazione di questa norma, la giurisprudenza francese decide che l'autorità amministrativa deve intervenire per autorizzare la presa e per determinare il volume d'acqua che il proprietario potrà trasmettere con la servitù d'acquedotto (1). Se vi sono regolamenti che richiedono l'autorizzazione dell'autorità amministrativa, i rivieraschi naturalmente dovranno osservarli. In difetto di regolamenti, noi non conosciamo legge che esiga una concessione dall'autorità amministrativa per l'uso delle acque non navigabili. Non abbiamo quindi che a rimandare il lettore a ciò che è stato detto più addietro (n. 295).

Quanto ai tribunali, la loro competenza è regolata dalle nuove leggi, che s'addentrano nel dettaglio delle attribuzioni affidate al potere giudiziario, senza dubbio per prevenire qualunque conflitto. Non è detto che il giudice debba necessariamente intervenire per la costituzione della servitù d'acquedotto. I tribunali non sono chiamati che a decidere le contestazioni portate innanzi ad essi. Se le parti interessate s'accordano, la servitù sarà regolata per via di convenzione. E in riguardo a ciò che la legge del 1848 dice che le contestazioni cui potrà dar luogo la costituzione della servitù saranno portate innanzi ai tribunali. Indi la legge enumera le difficoltà che possono essere sottoposte al giudizio del magistrato; la determinazione del percorso dell'acquedotto, delle sue dimensioni e della sua forma, la costruzione delle opere d'arte da stabilirsi per la presa d'acqua, la manutenzione di queste opere, i mutamenti da apportarsi alle opere già stabilite (art. 7).

384. I tribunali godono, in questa materia, d'un potere quasi discrezionale. Infatti, la legge dice che essi dovranno conciliare

(1) Parigi, 31 dicembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 108), confermata da una sentenza di rigetto dell'8 novembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 411).

l'interesse dell'operazione (vale a dire dell'irrigazione) col rispetto dovuto alla proprietà. Son questi i termini dell'art. 645 del codice civile; chiamati a conciliare interessi opposti, i tribunali hanno per questo stesso motivo un potere moderatore. Noi abbiamo già detto in qual modo debbano esercitare questo potere, giusta le risultanze della discussione che precedette la legge francese. La giurisprudenza è venuta a completare questa interpretazione sopra un punto capitale, il volume d'acqua di cui il proprietario può disporre; da ciò dipende naturalmente l'ampiezza dell'acquedotto e l'onere che grava i fondi servienti. Se si consente all'autorità amministrativa il potere di autorizzare la presa d'acqua, sembra che le si debba riconoscere altresì il diritto di fissare il volume d'acqua che il proprietario può derivare (1). Ma bisogna ricordarsi che l'autorità amministrativa non pregiudica in nulla ciò che concerne i diritti delle parti interessate; essa non regola che gl'interessi generali, ancorchè intervenga per via di concessione (n. 314 e 330). I diritti delle parti sono determinati dalla legge, e quando si tratta di corsi d'acqua non navigabili, i tribunali hanno un potere conciliativo che loro permette di determinare il volume d'acqua che i diversi rivieraschi hanno diritto d'impiegare. Donde segue che i giudici hanno altresì un potere discrezionale in quanto concerne il volume d'acqua che il proprietario interessato prende per trasmetterlo mediante l'acquedotto sul fondo che vuole irrigare. La quantità d'acqua non è in rapporto necessario con l'estensione del fondo di cui quegli è proprietario rivierasco; i tribunali possono tener conto dei bisogni del fondo che il proprietario vuole irrigare, salvo ai conrivieraschi di fare le contestazioni che credano opportune. Noi diciamo i conrivieraschi; poichè essi soltanto hanno diritti da far valere; i proprietari intermedi, non rivieraschi, non hanno alcuna qualità per contestare il volume d'acqua che passerà per i loro fondi. La legge prevede, è vero, che vi sia contestazione sulla dimensione dell'acquedotto, il che si riferisce al volume d'acqua pel quale dev'essere accordato il passaggio; ma ciò non dimostra già che i proprietari intermedi abbiano diritto di contestare il volume della presa d'acqua, sibbene soltanto suppone l'ipotesi che, determinata la quantità d'acqua, avvenga che l'acquedotto sia troppo ampio e quindi si debba ridurlo alla giusta proporzione. V'ha di più: i tribunali non sono obbligati ad ordinare la riduzione della presa d'acqua in base ai reclami dei rivieraschi; essi possono usare del potere moderatore che loro consente il codice civile, accordando all'irrigazione le acque che le sono necessarie, salvo ad aggiu-

---

(1) Ciò è detto in una sentenza di Orléans del 3 maggio 1856 (Dalloz, 1856, 2, 162).

dicare un'indennità ai rivieraschi lesi. La dottrina e la giurisprudenza stanno per questa soluzione (1).

385. È noto che il proprietario interchiuso può dimandare un passaggio sovra i fondi dei suoi vicini; l'articolo 683 vuole che il passaggio sia preso di regola sulla porzione in cui il percorso dal fondo interchiuso alla strada pubblica è più breve, e l'articolo 684 aggiunge che deve essere stabilito nel luogo in cui riesce di minor danno a colui sul fondo del quale viene accordato. Si applicheranno per analogia, queste disposizioni alla servitù di acquedotto? Si voleva da taluno, e lo si domandò espressamente, che tali norme fossero scritte nella legge, e che si permettesse ai proprietarii intermedi d'indicare essi medesimi il luogo in cui le acque dovessero passare. Il relatore rispose che tale era certamente lo spirito della legge, ma che non si potevano formulare questi modi d'esecuzione nel testo, perchè avrebbero potuto trovarsi d'impossibile applicazione. È ben diversa la questione dell'acquedotto da quella del semplice passaggio: a rigore può dirsi che il passaggio può essere consentito ovunque, mentre le acque non possono certo essere condotte come meglio piaccia, tutto in questa materia dipendendo dal loro livello e dal pendìo dei terreni. Bisognava dunque, come ha fatto il legislatore, rimettersi alla prudenza dei tribunali che concilieranno l'interesse dell'agricoltura col rispetto dovuto alla proprietà (2).

386. Se l'acqua deve passare per una strada pubblica, saranno i tribunali competenti per autorizzare il passaggio mediante un acquedotto? La negativa è certa. Infatti, la strada pubblica è fuori commercio; non appartiene ai tribunali prescrivere lavori che possono compromettere la circolazione, vale a dire la destinazione delle strade. È vero che, nella specie, è la legge che impone la servitù; ma l'impone alle proprietà private; quanto al demanio pubblico, non è soggetto alla servitù: salvo all'autorità amministrativa vedere se la destinazione pubblica delle strade permetta di autorizzarvi alcuni lavori. Ma queste concessioni sono per loro natura essenzialmente precarie e perciò revocabili. Si è obbiettato che la legge del 1848, la quale dichiara espressamente che non intende derogare alle leggi che regolano la polizia delle acque, non contiene una simile riserva relativamente alle leggi sulla viabilità. La Corte di Digione risponde che questa riserva era inutile, poichè intendesi da sè

---

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 17, e note 12 e 13, e le autorità che vi sono citate. Sentenza di rigetto dell'8 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 410). Colmar, 9 aprile 1861 (Dalloz, 1861, 2, 178). Confronta Nimes, 6 dicembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 209).

(2) Dalloz, Relazione sulla legge del 1845 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 13, 20, nota o, 1).

che una legge estranea alla viabilità non può derogare alle disposizioni in vigore su questa materia (1).

387. La servitù di condotta d'acqua stabilita dalla legge del 1848 si esercita mediante un acquedotto; qui bisogna applicare la norma dell'articolo 697, che autorizza il proprietario del fondo dominante a fare tutti i lavori necessarii per l'esercizio della servitù. In ciò consentono tutti gli interpreti (2). Si dirà forse che il proprietario possa reclamare l'uso d'un acquedotto esistente in un fondo intermedio? No, perchè ciò avrebbe per risultato di renderlo comproprietario non solamente dell'acquedotto, ma altresì dell'acqua in quello contenuta. Sarebbe dunque una vera espropriazione, ed occorrerebbe una legge per conferire questo diritto, mentre il legislatore si è ben guardato di andare fin là, poichè la comunione forzata è una sorgente continua di difficoltà e di liti; la legge non l'ammette che quando vi è astretta, e nella specie non vi era alcuna necessità per stabilirla. Spetta al proprietario domandare il passaggio per le acque di cui ha diritto di servirsi, ed ai tribunali di accordarlo quando ne sia il caso (3).

388. Chi reclama la servitù d'acquedotto rimane soggetto all'obbligazione impostagli dall'articolo 644, se deriva le acque da un fiume per irrigare una proprietà non rivierasca. A termini di questa disposizione, il rivierasco superiore non può mai assorbire tutte le acque in pregiudizio dei rivieraschi inferiori. Anche quando è proprietario di entrambe le rive, egli è tenuto a restituire l'acqua, mentre esce dal suo fondo, al corso ordinario. Il diritto di presa che egli esercita in virtù della legge del 1848 è sottoposto al medesimo onere, poichè le nuove leggi in nulla derogano al codice civile. Occorre dunque che il proprietario, dopo che ha tratto profitto delle acque per l'irrigazione del suo fondo, le restituisca al loro corso ordinario.

Ciò suppone dei rivieraschi inferiori aventi interesse a ricevere le acque; se essi non soffrono alcun danno dalla deviazione o dall'assorbimento di queste, non hanno ragione di dolersi, poichè il diritto dei rivieraschi non è assoluto, ma deriva da un danno reale. Donde segue che i tribunali possono accordare la servitù d'acquedotto, quantunque le acque non siano restituite al loro corso ordinario, se in fatto non risulta da ciò alcun pregiudizio (4). I tribunali possono altresì esercitare il loro potere conciliativo e permettere ad un rivierasco superiore di derivare le acque, ancorchè questa derivazione ca-

---

(1) Digione, 4 luglio 1866 (Dalloz, 1866, 2, 158).

(2) Garnier, *Commentaire de la loi sur les irrigations*, p. 9. Demolombe, t. XI p. 256, n. 215.

(3) Nîmes, 15 febbraio 1855 (Dalloz, 1856, 2, 72).

(4) Sentenza di rigetto dell'8 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 411). Parigi, 20 dicembre 1852 (Dalloz, 1854, 2, 208).

gionasse qualche pregiudizio ad alcuni proprietarî inferiori, salvo accordare a costoro un'indennità. Come dice benissimo la Corte di Nancy, debbono i tribunali incoraggiare e favorire l'irrigazione: tale è lo scopo della nuova legge, ed è quindi interpretarla secondo il suo spirito il conciliare gli opposti interessi, accordando all'uno la servitù d'acquedotto, all'altro il risarcimento del danno che soffre (1).

389. Chi reclama il passaggio delle acque deve pagare ai proprietarî dei fondi attraversati « un equo e preventivo compenso ». E il principio che la Costituzione stabilisce in materia di espropriazione (art. 11). « Il rispetto alla proprietà, dice il relatore della legge francese, ha indotto la vostra commissione a richiedere che l'indennità fosse preventiva e pagata prima che incomincino i lavori, e senza la immissione provvisoria in possesso. Il compenso deve altresì essere giusto, vale a dire proporzionato al danno reale che soffre il proprietario del fondo attraversato dalle acque. In tale apprezzamento deve entrare non soltanto il valore del terreno di cui egli viene privato, perchè occupato dal canale e dalle sue pertinenze, ma ancora il pregiudizio che gli deriva dalla costruzione e dall'esistenza del canale stesso nonchè dalla divisione della sua proprietà in due o più porzioni. Questa indennità, del resto, è indipendente da quella che può essergli dovuta per deterioramenti arrecati alla sua proprietà dalla irruzione delle acque, o che risultassero dalla negligenza del proprietario di queste relativamente alla manutenzione ed allo spurgo dell'acquedotto (2) ».

390. I proprietarî dei fondi attraversati dall'acquedotto hanno diritto alle acque? In Francia, erasi fatta una proposta in questo senso, quando si discusse la legge del 1845. Sembrava abbastanza equo che i proprietarî fossero ammessi al godimento delle acque nei casi in cui queste eccedano i bisogni di chi ne ha reclamato il passaggio, salvo a compensare sino alla debita concorrenza questo vantaggio con l'indennità da quello dovuta. Ma la proposta non venne accolta. Essa sarebbe stata anzitutto ben raramente applicabile, poichè è naturale presumere che un proprietario non derivi se non il volume d'acqua che gli è strettamente necessario per la irrigazione delle sue terre. Ciò che sopratutto ha deciso la commissione a rigettare il principio, è che il medesimo avrebbe fornito materia ad incessanti contestazioni sulla quantità d'acqua necessaria all'uno, e su quella che impiegherebbe l'altro. Ciò non impedisce alle parti interessate di stabilire, relativamente all'uso delle acque, quelle convenzioni ch'esse vorranno (3). Si poteva dunque rimettersene

---

(1) Nancy, 1.° maggio 1860 (Dalloz, 1860, 2, 108).

(2) Dalloz, Relazione sulla legge del 1845 (Dalloz, *Recueil périodique,* 1845, p. 120, nota 10).

(3) Dalloz, Relazione (Dalloz, *Recueil périodique,* 1845, 3, 120, nota 13).

all'interesse dei proprietari; meglio vale la libertà che la coercizione.

II. — Servitù di scolo delle acque d'irrigazione.

391. A termini della legge del 1848 (art. 2), « i proprietari dei fondi inferiori dovranno ricevere le acque dei terreni così irrigati, salvo il diritto ad ottenere quel compenso che potrà essere loro dovuto ». La servitù di *scolo* è una conseguenza forzata della servitù d'*acquedotto*. Col mezzo di speciali opere si conducono acque sovra un fondo per servire alla irrigazione. Che diverranno queste se non sono assorbite dal terreno? Il proprietario non ha diritto di riversarle sopra i fondi inferiori, poichè il codice civile non gli permette di trasmetterle a questi se non quando scolino naturalmente dai fondi più elevati, senza che v'abbia contribuito la mano dell'uomo (art. 640); ora, qui lo stesso corso d'acqua è artificiale. Bisogna dunque estendere la servitù stabilita dall'art. 640 obbligando i proprietari inferiori a ricevere le acque. Quest'onere grava non solamente sul proprietario del fondo contiguo a quello che è irrigato, ma estendesi ai proprietarii dei susseguenti, quando vi è necessità. Ecco perchè la legge dice: i « proprietarii inferiori » (1). Vi è necessità quando le acque non vengono assorbite e debbono essere condotte in un corso. La necessità è eziandio legale quando le acque sono state derivate da un corso navigabile o non ed il proprietario deve restituirle al loro corso ordinario.

392. In quest'ultimo caso si presenta una difficoltà. La Corte di Metz ha deciso che due condizioni sono richieste perchè vi sia luogo alla servitù di scolo creata dalla nuova legge. Occorre anzitutto che le acque abbiano servito alla irrigazione di terreni che non le costeggiano. Questo primo requisito si riscontra nel fatto colla maggiore frequenza, perchè ordinariamente si deriveranno le acque per irrigare un fondo non rivierasco. Può tuttavia accadere che un acquedotto si renda necessario alla irrigazione di un fondo che fronteggia un'acqua corrente, e ciò quando lo scoscendimento della ripa non permetta di praticarvi una presa. In questo caso, vi sarebbe certamente luogo alla servitù di scolo in virtù dell'art. 2; poichè il testo non esige già che il fondo non sia rivierasco, e tanto meno poi può volerlo lo spirito della legge, essendo una questione di necessità. Il secondo requisito, secondo la sentenza della Corte di Metz, sarebbe questo: che il passaggio reclamato abbia per obbietto di restituire le acque al loro corso primi-

(1) Relazione di DALLOZ nel *Recueil périodique* di DALLOZ, 1845, 3, 120, nota 12.

tivo (1). Neppur tale condizione è richiesta dalla lettera nè dallo spirito della nuova legge. Se le acque vengono derivate da un corso navigabile, spetta al Governo che accorda la concessione di imporre al concessionario l'obbligo di restituire le acque al loro corso ordinario, ed il concessionario dovrà naturalmente conformarsi a questa condizione. Se si tratta di acque derivate da un fiume non navigabile, la legge vuole che siano restituite al corso al quale vennero attinte; è il diritto dei rivieraschi inferiori, ma non è assoluto; esso suppone un danno, ed anche quando pregiudizio vi fosse, è in facoltà dei tribunali di accordare la servitù d'acquedotto, perchè si indennizzino i rivieraschi interessati: ora da che vi ha la servitù d'acquedotto, vi ha necessariamente quella di scolo. Ecco la sola condizione prescritta dall'art. 2: sono le acque servite alla irrigazione, mediante un acquedotto, che i proprietari inferiori debbono ricevere.

La Corte di Metz ha dunque oltrepassato i termini della legge: i valenti interpreti di Zachariae dicono che l'errore della Corte è evidente (2). Tuttavia il ricorso venne respinto sulle conclusioni conformi dell'avvocato generale Fabre. Nella specie, il proprietario voleva riversare le acque, non nel loro letto primitivo, ma in un corso di acqua vicino. La Corte di cassazione decise che i tribunali avevano un potere discrezionale per regolare lo scolo delle acque, che per conseguenza le loro decisioni sfuggivano al suo controllo. Il merito della decisione certamente. Quanto all'errore di diritto che trovasi nei motivi, la Corte di cassazione non ne tiene alcun conto quando la sentenza è giustificata nel merito (3).

393. La servitù di scolo è una conseguenza necessaria della servitù d'acquedotto. In questo senso è in facoltà dei tribunali di autorizzarne la costituzione, poichè essi hanno un potere discrezionale per stabilire la servitù di acquedotto. Ma una volta stabilita la servitù d'acquedotto, quella di scolo sussiste di pieno diritto senza che occorra l'intervento del magistrato. Soltanto, come ha deciso la Corte di cassazione nella sentenza che abbiamo citata, i giudici possono regolare l'esercizio della servitù, determinando il corso che conviene dare alle acque d'irrigazione. Sotto questo rapporto havvi una differenza tra la nuova servitù di scolo e quella dell'art. 640. Questa è l'opera della natura, ed è la natura che designa il fondo su cui deve gravare. Al contrario, la acque d'irrigazione hanno un corso artificiale e possono quindi esser trasmesse indifferentemente sopra l'uno o l'altro fondo. In caso di contestazione, i tribunali decideranno usando del potere conciliativo loro concesso dalla legge (art. 7 della legge del 1848.)

---

(1) Metz, 2 giugno 1866 (Dalloz, 1866, 2, 124).
(2) Aubry e Rau, t. III, p. 18, nota 17.
(3) Sentenza di rigetto del 13 gennaio 1868 (Dalloz, 1868, 1, 211).

394. I proprietari inferiori hanno diritto ad un compenso? A termini dell'art. 2. potrà esser dovuta loro una indennità. Il più delle volte lo scolo delle acque recherà loro vantaggio perchè potranno trarne profitto. É quanto, almeno, si disse nella relazione della commissione francese. In realtà, la legge impone ad essi un onere senza conceder loro alcun diritto. È solo per la forza delle cose che l'infiltrazione delle acque sarà utile ai fondi rivieraschi. Sempre però è certo che questa considerazione ha indotto il legislatore a non accordare un'indennità preventiva. Non si può sapere anticipatamente se vi sia danno e quale ne possa essere l'ammontare (1).

III. — Servitù di appoggio (2).

395. Ogni proprietario che voglia servirsi, per la irrigazione delle sue proprietà, delle acque di cui ha diritto di disporre, può, mediante un equo e preventivo compenso, ottenere la facoltà d'appoggiare sulla proprietà del rivierasco opposto le opere d'arte necessarie alla sua presa d'acqua (legge del 1848, art. 5). La servitù d'*appoggio*, dice il relatore della legge francese, è il complemento necessario della legge che ha stabilito il diritto d'acquedotto per favorire la irrigazione e per conseguenza l'agricoltura. Ciò non vuol dire che i rivieraschi non possano reclamare la servitù d'appoggio se non come accessorio della servitù d'acquedotto. Essi possono invocare il beneficio della nuova legge, ancorchè si servano delle acque per la irrigazione dei loro fondi rivieraschi, senza domandare il passaggio delle acque sui fondi vicini. Secondo il codice civile, essi potevano fare sulla ripa di cui erano proprietari quelle opere che meglio loro piacessero, ma non avevano facoltà di appoggiarle su quella opposta che loro non apparteneva. Ora, il più delle volte le opere non sono sufficienti se non quando sono fatte su entrambe le ripe. Essendo il letto dei corsi d'acqua ordinariamente inferiore alle loro ripe, è necessario elevare artificialmente il letto delle acque, il che richiede la costruzione di chiudende, e per conseguenza il diritto di appoggiarle sulla opposta ripa. In questo senso, si può dire che la servitù d'appoggio sia conseguenza naturale del diritto d'irrigazione (3).

---

(1) Relazione di DALLOZ nel *Recueil périodique* di DALLOZ, 1845, 3, 120, nota 12. Discorso del ministro dell'interno, alla discussione della legge belga del 1848 (seduta del 22 marzo 1848).

(2) Legge francese dell'11 luglio 1847 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1849, 3, 120), riprodotta nella legge belga del 27 aprile 1848, art. 5 e 6.

(3) Relazione di DALLOZ sulla legge del 1847 (DALLOZ, *Recueil périodique*. 1847, 3, 120, nota 1).

396. Quali condizioni si richieggono per la costituzione della servitù d'appoggio? Essa non esiste di pieno diritto; tuttavia è legale nel senso che può essere reclamata in virtù della legge, ma deve essere domandata, al pari della servitù d'acquedotto. « Ogni proprietario *potrà ottenere* la facoltà », dice l'art. 5. Bisogna dunque applicare anche qui ciò che abbiamo detto della servitù di acquedotto (n. 375). La servitù d'appoggio non può essere richiesta se non da coloro i quali hanno diritto di servirsi delle acque; il che suppone un corso d'acqua non navigabile. I rivieraschi di questi corsi possono valersene nei limiti determinati dall'articolo 644, e sotto la riserva del potere discrezionale dei tribunali consacrato dall'articolo 645. Risulta da ciò che anche in caso di contestazione sulla costituzione della servitù d'appoggio, i tribunali hanno egualmente un potere di conciliazione; lo hanno in virtù dell'articolo 645, in quanto concerne il diritto d'irrigazione; lo hanno in virtù della legge nuova, in quanto concerne le opere necessarie per l'esercizio di questo diritto (art. 7). Infine l'autorità amministrativa deve autorizzare le opere per tale esercizio (n. 295) dacchè, se il suo intervento è necessario per le prese d'acqua, a più forte ragione lo sarà per le opere d'arte che, facendosi sopra le due ripe, interessano necessariamente tutti quanti i rivieraschi (1).

La legge dice che il proprietario potrà ottenere la servitù di appoggio per la irrigazione delle sue proprietà. Anche sotto questo rapporto, havvi identità tra la servitù d'appoggio e la servitù d'acquedotto. Non potrà essere dunque domandata per usi industrali nè per semplice diletto (n. 382); e se vien domandata per la irrigazione, occorre che vi sia un interesse serio che giustifichi la restrizione al diritto di proprietà che uno dei proprietari vuole imporre al suo conrivierasco. Noi trascriviamo la relazione di Dalloz alla Camera dei Deputati; bisogna conoscere lo spirito secondo il quale deve essere applicata la legge: « Il diritto d'appoggio non può essere giustificato che da un interesse reale ed evidente dell'irrigazione; la servitù legale non è istituita che per questo scopo, ed i tribunali sono rivestiti del potere discrezionale di respingere qualunque domanda non riposasse manifestamente su questo interesse, ovvero non potesse soddisfarlo che cagionando un grave danno alle proprietà vicine. Così, per esempio, il magistrato non autorizzerà il diritto di appoggio quando esso non abbia per oggetto che l'inaffiamento di un prato di puro diletto, o di una porzione insignificante di prateria. Esso non lo consentirà neppure quando, in causa d'una troppo sensibile differenza del

(1) Relazione di DALLOZ nel *Recueil périodique* di DALLOZ, 1847, 3, 120, nota 1. Relazione della sezione centrale sulla legge belga del 1845 (seduta del 4 marzo 1848).

livello dei terreni sui quali è reclamato, la chiusa li esporrebbe ad una inondazione che richiederebbe la costruzione, non solo d'un muro di qualche metro, ma d'un argine di grande estensione. I tribunali accorderanno o ricuseranno la servitù d'appoggio, secondo le circostanze che essi hanno facoltà di apprezzare nella loro saviezza » (1).

397. Chi può reclamare la servitù d'appoggio? La legge risponde alla questione: « Ogni *proprietario* potrà ottenere la facoltà d'appoggiare, sul fondo del *rivierasco opposto,* le opere necessarie alla sua presa d'acqua ». Con la parola *proprietario,* la legge intende chi possiede una delle ripe del corso d'acqua e che vuole appoggiare una chiusa sull'altra. Donde segue che i soli rivieraschi possono reclamare la servitù d'appoggio. Nella discussione della legge francese, si propose di estendere il beneficio della nuova servitù a tutti coloro che avessero diritto di disporre delle acque, e quindi anche ai concessionari. La proposta, vivamente combattuta nell'interesse della proprietà, fu rinviata alla commissione. Questa la respinse. Il relatore dice che non bisogna confondere la servitù d'acquedotto con la servitù d'appoggio: la prima può giovare ai concessionari; la seconda non è stabilita che nell'interesse dei rivieraschi. Non si trova nella relazione alcun motivo giuridico di questa differenza; ciò che sembra aver deciso la commissione, è che la proposta non aveva interesse pratico. Infatti, il ministro dei lavori pubblici dichiarò che non gli era accaduto mai di accordare una concessione di presa di acqua sovra un fiume navigabile; a maggior ragione, dice la relazione, non se ne farebbero quando s'incontrassero i diritti dei rivieraschi, vale a dire quando si trattasse di corsi d'acqua non navigabili (2).

Secondo il concetto della commissione, la servitù è dunque ristretta ai soli rivieraschi: essa lo dice in termini formali. Tuttavia la questione è controversa in quanto concerne le concessioni accordate dai rivieraschi medesimi. Non se ne fece parola neppure al momento della discussione; si potrebbe dir dunque che la restrizione posta nella relazione non riguarda che le concessioni governative (3). Noi vorremmo ammettere questa interpretazione, poichè la restrizione è affatto illogica. Si permette ad un non rivierasco d'acquistare una presa di acqua, gli si permette di condurla mediante un acquedotto in un fondo non rivierasco, e non si vuole poi che egli faccia le opere necessarie per trar profitto della presa! Gli si dà, con una mano una facoltà, che gli si toglie coll'altra. Ma è forse

---

(1) Relazione di DALLOZ (*Recueil périodique,* 1847, 3, 121, nota 5).

(2) Vedi la discussione confusissima ed il testo della relazione in DALLOZ, 1847, 3, 120-123.

(3) È l'opinione di AUBRY e RAU, t. III, p. 19, nota 22.

possibile l'interpretazione estensiva di fronte al testo che limita la servitù ai rivieraschi, e di fronte alla relazione della commissione ch'è ancor più restrittiva? Non lo crediamo.

398. È stato deciso che il proprietario il quale ha diritto di disporre delle acque d'un fiume e di stabilire, nella sua qualità di rivierasco, una presa d'acqua sopra una delle due ripe, può ottenere il beneficio delle servitù d'acquedotto e d'appoggio sulla ripa opposta (1). Vi ha però una ragione di dubbio. La servitù d'acquedotto può bene essere reclamata da chi non è rivierasco, ed a più forte ragione quindi da chi è proprietario d'una ripa ed ha diritto di stabilire una presa d'acqua sull'altra. Non è lo stesso della servitù d'appoggio; per ottenerla bisogna essere rivierasco. Ora, nella specie, il proprietario che la domandava aveva solamente il diritto di stabilire una presa d'acqua, il che non equivale alla proprietà della ripa. L'interprete può spingersi fin là? A nostro avviso, no. Vi era pure un altro motivo di dubitare, cioè che la proprietà era situata sulla riva opposta a quella in cui il proprietario aveva praticata la presa: il che è ancora in opposizione col testo della legge. Per questi motivi, crediamo che debbasi preferire l'interpretazione restrittiva.

399. Si è sostenuto che le servitù d'acquedotto e d'appoggio non possano essere accordate che per l'irrigazione d'un fondo, e non per l'inaffiamento d'un giardino, perchè la legge suppone una condotta d'acqua, il che implica delle opere, un canale, un acquedotto, e per conseguenza l'irrigazione con gran copia di acque. Tale sarà effettivamente la più usuale applicazione della nuova legge. Ma essa nulla ha di restrittivo in quanto concerne la natura delle proprietà che debbono essere irrigate ed i modi d'irrigazione. Basterà che i tribunali non perdano di vista che la servitù è dalla legge stabilita nell'interesse dell'agricoltura; di guisa che se si trattasse d'un giardino mal verrebbe consentita la costituzione della servitù sui fondi vicini. Nella specie, le acque servivano, almeno in parte, ad una cascata ed a rinnovare l'acqua nei fossati d'un castello; non è questo certamente lo scopo in vista del quale la legge ha permesso di restringere il diritto di proprietà; ma vi era altresì un interesse agricolo. Inoltre, la servitù era convenzionale nel suo inizio, il che autorizzava i tribunali ad ammettere l'interpretazione più ampia, poichè avrebbe potuto conservare la chiusa, anche senza far ricorso alle nuove leggi (2).

400. La servitù d'appoggio, al pari di quella d'acquedotto, non può essere ottenuta che mediante una giusta e preventiva in-

(1) Digione, 26 febbraio 1868 (Dalloz, 1869, 1, 501).
(2) Sentenza di Digione del 19 marzo 1851, confermata da una sentenza di rigetto del 20 dicembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 32).

dennità. Questa servitù richiede delle opere, delle chiudende, le quali, elevando il livello delle acque, potrebbero cagionare inondazioni; vi è dunque in causa un interesse generale, e per conseguenza si sarebbe dovuto, secondo i principî generali, esigere l'intervento dell'autorità amministrativa. Il legislatore belga si è pronunciato per la competenza dell'autorità giudiziaria. L'articolo 5 stabilisce che le opere d'arte necessarie alla presa d'acqua dovranno essere costruite e mantenute in modo da non nuocere per nulla ai fondi vicini. Ed a termini dell'articolo 7, le contestazioni cui potessero dar luogo le opere da stabilirsi per la presa d'acqua, la manutenzione di queste, i mutamenti da farsi alle opere già costruite, debbono portarsi innanzi ai tribunali. Si è convenuto, all'epoca della discussione, che non vi sarebbe autorizzazione amministrativa, non inchiesta *de commodo et incommodo,* ma che il proprietario sarebbe responsabile del danno che cagionasse, e che le questioni di danni-interessi sarebbero state risolte dal magistrato (1).

401. La legge conferisce al proprietario sul cui fondo la servitù d'appoggio è costituita il diritto di domandare l'uso comune della chiusa, contribuendo per metà alle spese di costruzione e di manutenzione (art. 6). Noi abbiamo detto più addietro che colui il quale ottiene la servitù di acquedotto non può domandare la comproprietà d'un acquedotto già costruito, e che i proprietari dei fondi attraversati non hanno diritto di servirsi delle acque (n. 387 e 390). Nella specie, il rivierasco gravato della servitù di appoggio ha diritto di servirsi delle acque nella sua qualità di rivierasco, potrebbe dunque domandare la servitù d'appoggio sulla ripa opposta; il che necessiterebbe due chiuse. Il legislatore ha pensato che bisognava applicare alla chiusa il principio che governa la comunione del muro; ciò evita spese inutili. A termini dell'art. 6 questo diritto appartiene *sempre* al rivierasco che vuol servirsi della chiusa; egli non è quindi tenuto a domandarla entro un termine stabilito. È una questione d'interesse; chi non è interessato a reclamare la comunione della chiusa oggi, può avervi interesse domani.

Se il rivierasco domanda la comunione della chiusa, non può reclamare indennità per la costituzione della servitù. Siccome l'indennità è preventiva, d'ordinario egli l'avrà riscossa quando domanderà il godimento della chiusa: in questo caso, dice la legge, dovrà restituire l'indennità che gli è stata pagata. L'articolo 6 aggiunge: « Quando l'uso comune non sarà reclamato che dopo l'inizio od il compimento dei lavori, chi lo domanderà dovrà sopportare solo l'eccedente della spesa cui daranno luogo i mutamenti da apportare alla chiusa per appropriarla all'uso del suo fondo ». Il rivierasco che reclama la comproprietà della

---

(1) Seduta del 22 marzo 1848 (osservazione di DE THEUX).

chiusa sopporta a rigor di principio la metà delle spese; non si ha riguardo al volume d'acqua di cui egli si serve, nel modo istesso che in caso di comunione di un muro, le spese si dividono, qualunque sia il valore delle due case. Potendo il volume di cui un rivierasco ha bisogno variare da un giorno all'altro, sarebbe stato difficile prenderlo per base dell'indennità; ciò avrebbe dato luogo a contestazioni infinite che il legislatore ha voluto prevenire. Ma se la comunione non è domandata che molti anni dopo la costruzione della chiusa, quando già è deteriorata dall'uso e dal tempo, i tribunali terranno conto del valore che ha la chiusa al momento in cui è reclamata la comunione (1).

402. La chiusa può giovare agli altri rivieraschi, cui sarà reso più agevole il servirsi delle acque. Dovranno essi a questo titolo contribuire nelle spese di costruzione o di manutenzione? La negativa è certa; essi non domandano nulla e non acquistano alcun diritto perchè il proprietario della chiusa può sopprimerla quando gli piaccia. Essi non potranno esser tenuti a pagare alcun compenso se non quando si fanno a reclamare la comproprietà della chiusa, od il diritto di valersene a titolo di servitù. Sarebbe lo stesso anche pel proprietario sul cui fondo la chiusa è appoggiata. Se egli non ne domanda la comunione non deve contribuire alle spese. Ciò non presenta alcun dubbio (2).

IV. — Disposizioni generali.

403. La legge ammette talune eccezioni agli oneri di cui grava la proprietà nell'interesse dell'irrigazione. Una fra queste è comune alle tre servitù da noi enumerate. Tanto gli edifici quanto i cortili ed i giardini attinenti alle abitazioni sono esenti dalle servitù d'acquedotto, di scolo e di appoggio. Vi ha, in questo caso, un diritto superiore a qualsivoglia interesse. Le nostre antiche consuetudini dicevano: « Il più povero degli uomini è re nella sua casa ». L'inviolabilità del domicilio è una garanzia costituzionale; non può ammettersi che l'interesse dell'irrigazione autorizzi chicchessia a penetrare nell'abitazione dei cittadini.

La medesima eccezione è stabilita pei parchi e recinti attinenti alle abitazioni, quando si tratta delle servitù di acquedotto o di scolo delle acque; ma questa eccezione non è riprodotta per la servitù di appoggio (articoli 4 a 6 della legge

---

(1) Vedi su tutti questi punti, la relazione di Dalloz in *Recueil périodique*, 1847, 3, 124, note 8 e 10.

(2) Aubry e Rau, t. III, p. 21, nota 26 e le autorità che vi sono citate.

del 1848). La ragione di questa differenza è stata spiegata dal relatore della legge francese del 1847. Da una parte, la servitù d'appoggio è meno onerosa, essa non penetra fino nell'interno dei fondi abitati; il domicilio è dunque rispettato. Dall'altra, i parchi ed i recinti avendo spesso una grande estensione, l'uso delle acque diverrebbe impossibile, se non si permettesse di appoggiarvi una chiusa. I tribunali potranno, del resto, in virtù del loro potere discrezionale, prescrivere quelle opere che stimeranno necessarie per conciliare il diritto di proprietà con l'interesse dell'agricoltura (1).

404. Si domanda se l'eccezione stabilita in favore dei giardini attinenti alle case può essere opposta a chi reclama la comunione di una chiusa già costruita e che s'appoggia sulla ripa opposta dove trovasi un giardino. La medesima questione si presenta per i cortili e gli edifici, ed essa venne negativamente risoluta dalla Corte di cassazione (2). Il testo suppone infatti, che si tratti di una chiusa non ancora stabilita, e per la cui costruzione occorra addentrarsi nei luoghi riservati all'abitazione. Quando la chiusa è stabilita, il proprietario del giardino, della corte o dell'edificio non può più dolersi, poichè è egli stesso che ha costruita la chiusa in un fondo abitato. Non può sorgere più alcun inconveniente che per ciò che riguarda le riparazioni. I tribunali potranno prescrivere tali misure che valgano a conciliare i differenti interessi delle parti.

N. 4. — Servitù di scolo in caso d'inondazione e di prosciugamento.

I. — Inondazione.

405. La legge del 1848 che stabilisce la servitù d'acquedotto nell'interesse dell'irrigazione, crea una servitù analoga allo scopo di procurare uno scolo alle acque nocive. Secondo l'art. 3, « la medesima facoltà di passaggio sui fondi intermedi potrà essere accordata, alle stesse condizioni, al proprietario di una maremma, o di un terreno sommerso in tutto od in parte al fine di procurare alle acque nocive il loro scolo ». L'espressione derivate da *fondi intermedi* non è troppo esatta; non si tratta di condurre le acque derivate da un fiume sul fondo in cui saranno utilizzate, ma di dare uno scolo alle acque facendole passare mediante fossati od altre opere, attraverso le proprietà che separano il fondo sommerso da un corso d'acqua o da qualunque altra via di scolo: sono questi i termini della legge francese

---

(1) Relazione di DALLOZ nel suo *Recueil périodique*, 1847, 3, 124, nota 7.

(2) Sentenza di rigetto del 20 dicembre 1853 (DALLOZ, 1854, 1, 22. AUBRY e RAU, t. III, p. 22 e nota 20).

sul drenaggio del 10 giugno 1864, la quale stabilisce una servitù della medesima natura. Quantunque qui non si tratti più d'irrigazione, vi è sempre un interesse agricolo, dacchè si restituiscono alla coltivazione terreni sommersi. Vi è inoltre un interesse di pubblica sanità, poichè le acque stagnanti generano necessariamente malattie mortali (1).

406. La sola condizione richiesta dalla legge è che vi sia una palude od un terreno sommerso in tutto od in parte: questione di fatto. Ma l'applicazione della legge solleva una gravissima difficoltà di diritto. Lo scolo delle acque ha per iscopo di prosciugare una maremma o terreni sommersi; ora vi è una legge speciale che regola il prosciugamento delle maremme, quella del 3 settembre 1807. Questa legge prescrive l'intervento dell'autorità amministrativa chiamata ad approvare i piani, e se il governo interviene, è perchè vi sono interessi generali da tutelare, anzitutto la sanità pubblica. Secondo la legge del 1848 invece, basta che si chiegga all'autorità giudiziaria lo scolo delle acque, mediante lavori su cui pronunzieranno i soli magistrati. Donde la questione di sapere se la nuova legge deroga alla legge del 1807. E' certo che l'intenzione del legislatore francese le cui disposizioni vengono riprodotte dalla legge belga, non è stata quella di abrogare la legge sul prosciugamento delle maremme; le due leggi coesistono adunque. Ma essendo entrambe relative al prosciugamento delle maremme, la difficoltà non svanisce punto: quando sarà mestieri di ricorrere ai tribunali, in virtù della legge del 1848, quando bisognerà invece rivolgersi all'autorità amministrativa in virtù della legge del 1807? La questione è stata preveduta quando si discusse la legge francese. Il relatore segnalò l'inconveniente che vi era nel derogare alla legge sul prosciugamento con una legge sulla irrigazione. Ecco quanto risposero gli autori dell'emendamento. La legge del 1807, dice l'uno, rimarrà applicabile ai grandi prosciugamenti d'interesse pubblico, e la nuova legge s'applicherà ai prosciugamenti parziali, accidentali, resi necessari dalle infiltrazioni che cagionano le officine o le sorgenti che mancano d'uscita. Un altro dichiarò che la legge si limitava al prosciugamento puramente locale d'infiltrazioni accidentali. Ciò è molto incerto, e non è neppure in armonia col testo della legge poichè ivi si parla di *maremma,* e la maremma non è cosa accidentale.

La questione si è riprodotta in una specie in cui i tribunali si sono dichiarati incompetenti, e la Corte di cassazione ha confermata la loro decisione (2). Il proprietario aveva anzitutto, e prima della pubblicazione della legge del 1847, presentato al-

---

(1) DEMOLOMBE, t. XI, p. 259, n. 221. AUBRY e RAU, t. III, p. 22 e nota 2.
(2) Sentenza di rigetto del 26 marzo 1849 (DALLOZ, 1849, 1, 129. Trovasi in nota la discussione cui die' luogo la questione in seno alla Camera dei Deputati).

l'autorità amministrativa un progetto di prosciugamento, indi invocò il beneficio della nuova legge. Ciò equivaleva a domandare ai tribunali ciò che il governo non aveva accordato o, come dice la Corte di cassazione, era un mezzo indiretto d'ottenere il prosciugamento. La sentenza insiste sulle circostanze della causa: la proprietà dell'attore non era un terreno sommerso, ma un vasto stagno attraversato dalla Somma: il prosciugamento interessava acque che servivano a parecchie officine. Per tutti questi titoli, rientrava nella legge del 1807. Sempre però, la difficoltà sussiste; essa dimostra qual grave pericolo si riscontri nel derogare accidentalmente a tutto un sistema di legislazione.

407. La servitù di scolo implica che il proprietario del fondo sommerso non può dar scolo alle acque che riversandole sui fondi inferiori. Se, mediante lavori d'arte, egli può rimediare al male di cui si duole, è certo che non ha diritto d'imporre alle altre proprietà un onere che non ha ragion di essere, nè nell'interesse dell'agricoltura e nè in quello della salute pubblica. Vi è una sentenza in questo senso (1). É stato ancor deciso che la servitù di scolo per causa d'inondazione non può essere reclamata, quando la sommersione d'un fondo è il risultato d'un fatto puramente volontario da parte del padrone del fondo sommerso (2). Nella specie, il proprietario che domandava un passaggio per le acque, le aveva egli stesso condotte sopra il suo fondo per irrigarlo, ma non poteva restituirle al loro corso naturale, nè attraverso il suo terreno, nè pei terreni contigui. La Corte di Metz dichiarò che non poteva farsi luogo alle servitù create dalla legge del 1845. Infatti, la servitù dell'art. 3 nulla ha di comune con la irrigazione. E' una servitù di prosciugamento; non può esser dunque reclamata per acque d'irrigazione; a ciò provvedono gli articoli 1 e 2. All'infuori di queste disposizioni, non è permesso ai tribunali di creare una nuova servitù di scolo.

408. La servitù di scolo è sottoposta *alle medesime condizioni,* dice l'art. 3 della legge del 1848. Si domandò, quando fu discussa la legge nella Camera dei rappresentanti, quali fossero queste condizioni. Il relatore rispose ch'erano quelle dell'art. 1.°, vale a dire della servitù d'acquedotto. Un altro membro (de Théux) disse che l'art. 3 si riferiva nel contempo all'art. 1.° ed all'articolo 2 (3). Noi crediamo che bisogna attenersi alla dichiarazione del relatore. I termini dell'art. 3 riproducono quelli dell'art. 1.°; è una servitù di *passaggio* che la legge crea; la servitù essendo identica, anche i principii che la reggono deb-

---

(1) Colmar, 13 marzo 1850 (DALLOZ, 1855, 2, 227).
(2) Sentenza di rigetto del 13 gennaio 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 211).
(3) Seduta del 22 marzo 1848 (*Pasicrisie,* 1848, p. 252, nota 3)

bono essere gli stessi. Ecco l'interesse della questione. La servitù d'acqedotto esiste in virtù della legge, ma non di pieno diritto. Forse che la servitù dell'art. 3 è facoltativa? L'affermativa è certa, poichè la legge dice: « La medesima facoltà di passaggio *potrà essere accordata* ». Nel caso dell'art. 1.°, l'indennità è preventiva; non lo è nel caso dell'art. 2. E' preventiva o no nel caso dell'art. 3? Bisogna conchiudere per l'affermativa, poichè la servitù stabilita da questa disposizione è una servitù di passaggio sui fondi intermedii, al pari della servitù dell'art. 1.° Il legislatore ha supposto che non si trattasse d'un semplice onere di scolo imposto ai fondi inferiori, come nell'articolo 2, che occorrevano opere d'arte, dunque un acquedotto, e perciò che vi sarebbe un pregiudizio certo; di qui l'obbligo della indennità preventiva.

II. — Servitù di passaggio pel prosciugamento.

409. Questa servitù è stabilita dalla legge belga del 10 giugno 1851, che trovasi concepita in questi termini: « La facoltà di passaggio menzionata nell'art. 3 della legge del 27 aprile 1848 potrà essere accordata alle condizioni previste nell'art. 1.°, al proprietario d'un terreno umido che dev'essere prosciugato col mezzo di condotti sotterranei od allo scoperto. Gli articoli 4 e 7 della legge del 27 aprile 1848 sono applicabili alla servitù di cui alla presente legge » (1).

Si legge in una *Istruzione sul prosciugamento:* « La parola inglese *drainage* corrisponde perfettamente alla parola francese *desséchement* (*prosciugamento*), e la parola *drain* significa fosso di scolo o di condotto. Questi due termini *drainage* e *drain*, passando nella lingua francese, non hanno conservata la loro primitiva significazione. Noi l'adoperiamo per indicare un metodo particolare di prosciugamento del suolo » (2). L'esposizione dei motivi della legge francese spiega, come segue, in che consista questo prosciugamento: « Si praticano due specie di condotti sotterranei che, nel linguaggio tecnico, diconsi *drains*, in fondo ai quali si mettono materiali di diversa natura (pietra, selce, legno, tegoli, che oggidì comunemente sono surrogati da tubi in terracotta, di forma cilindrica). Gli uni ricevono la sgocciolatura del suolo: sono i *drains di prosciugamento;* gli altri ricevono le acque che ne provengono, e sono i *drains collettori*. Quando la zona di territorio è priva di corsi d'acqua e presenta una superficie unita sopra una estensione di terreno così

---

(1) In Francia, la servitù di drenaggio è stata stabilita dalla legge del 10 giugno 1854 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1855, 4, 97).
(2) Dalloz, *Recueil périodique*, 1854, 4, 18, n. 17.

grande che il prolungamento del condotto collettore ad una via qualunque di scolo apporterebbe spese sproporzionate al valore totale del terreno prosciugato, si costruiscono canali di scarico o evacuatori generali, nei quali il collettore mena le acque che sono state in esso versate dai condotti di prosciugamento. Tale è l'operazione del drenaggio.

Il prosciugamento deve essere favorito, nell'interesse dell'agricoltura, altrettanto quanto la irrigazione. « Se è conveniente, dice il relatore della legge francese, di facilitare la circolazione delle acque destinate all'irrigazione, non è certo di lieve interesse per l'agricoltura il dare uno scolo alle acque che mantengono troppo umide le terre; per quanto, nel primo caso, sono un elemento di fertilizzazione, altrettanto possono essere, nel secondo caso, una causa d'impoverimento, sia che esse rimangano stagnanti alla superficie del terreno, sia che l'impermeabilità degli strati inferiori le ritenga captive nel seno del suolo » (1).

Le leggi emanate in Francia e nel Belgio, nel 1845, nel 1847 e nel 1848, avevano per oggetto di favorire l'irrigazione. Come mai è avvenuto che queste stesse leggi non si sono occupate del prosciugamento? L'esposizione dei motivi della legge francese del 1854 fa a questo proposito una confessione che è quasi altrettanto umiliante per la nazione quanto pel suo governo. « La legge del 1845 consacra un articolo al prosciugamento delle terre; ma esso non trova applicazione che alle terre sommerse, poichè a quell'epoca, nè il governo, nè alcun altro pensava ad un metodo di prosciugamento che raggiungeva tuttavia nella Gran Bretagna un altissimo grado di perfezione ». Solo nel 1854 si vide che se l'acqua in quantità conveniente è uno dei più attivi elementi della vegetazione, al contrario il suo eccesso rende improduttivo il terreno che la riceve in troppo grande abbondanza od in cui si sofferma troppo a lungo. Per lo meno non fu che allora che si pensò a diffondere in Francia un sistema di prosciugamento che era già stato posto in pratica dagli stessi Romani. Si rendeva necessaria una nuova legge. Il codice civile stabilisce, per vero, una servitù di scolo, ma quest'onere concerne soltanto le acque che scolano naturalmente dai fondi più elevati sovra i fondi inferiori. Quanto alle nuove leggi emanate in Francia e nel Belgio, esse prevedono il caso di prosciugamento, ma soltanto quando i terreni sono sommersi. Si potevano estendere queste disposizioni a terreni più o meno paludosi? La negativa non poteva riuscir dubbia, poichè le servitù legali debbonsi interpretare restrittivamente. Per colmare questa lacuna, si è emanata nel Belgio la legge del 1851, ed in Francia quella del 1854.

---

(1) Esposizione dei motivi della legge francese del 1854 Dalloz, *Recueil périodique*, 1854, 4, 97, n. 2.

410. La servitù di prosciugamento è facoltativa per la legge belga; essa prescrive che la facoltà di passaggio *potrà essere accordata*. Quanto alle speciali condizioni, si fa in quella rinvio alla servitù d'acquedotto stabilita dall'art. 1 della legge del 1848; ora, questa servitù non esiste che allorquando è stata costituita, sia dall'accordo delle parti interessate, sia, in caso di contestazione, dai tribunali, ed i tribunali possono ricusarla quando gli inconvenienti risultanti dalla servitù eccedessero i vantaggi che dalla operazione si possono attendere. Secondo la legge francese la servitù di drenaggio esiste di pieno diritto, nel senso che i giudici debbono accordarla quante volte il proprietario la domandi. Ciò è poco logico, come si è fatto giustamente osservare (1); ed infatti gli stessi motivi che hanno indotto il legislatore a rendere facoltativa la servitù d'acquedotto esistono pure per quella di prosciugamento.

411. La servitù d'acquedotto non può essere costituita che per la irrigazione, vale a dire nell'interesse dell'agricoltura; il testo è formale ed i lavori preparatori non lasciano alcun dubbio sulla intenzione del legislatore. E' egli lo stesso della servitù di prosciugamento? Il testo della legge del 1851 non è restrittivo; esso stabilisce che la servitù può essere accordata al proprietario di un *terreno umido che dev'essere prosciugato* col mezzo di condotti sotterranei o scoperti. Dal momento che il terreno è umido, deve essere prosciugato, poco importa che ciò si faccia nell'interesse dell'agricoltura, dell'industria od altrimenti. Ciò che toglie ogni dubbio è che la legge del 1851 dichiara applicabile alla servitù di prosciugamento l'art. 7 della legge del 1848, a termini del quale le contestazioni cui potrà dar luogo la costituzione della servitù sono deferite ai tribunali che hanno in questa materia un potere conciliativo, vale a dire un potere discrezionale; essi possono dunque tener conto di tutti gli interessi. La legge francese è concepita nel medesimo senso, ed è stato deciso dalla Corte di cassazione che la servitù di prosciugamento può essere stabilita in favore dei terreni esercitati per l'estrazione di prodotti minerali. La legge è dunque applicabile a tutti i fondi, qualunque ne sia la natura (2). Non si richiede che una condizione, cioè che si tratti di drenaggio, vale a dire, come dice la legge belga, di terreni che debbono essere prosciugati, mediante condotti sotterranei o scoverti. Se dunque il proprietario di uno stagno volesse bonificarlo, mediante l'operazione del drenaggio, potrebbe invocare il beneficio della nuova legge. Che se al contrario, come è avvenuto in Francia, il proprietario di uno stagno vuol conservare il terreno allo stato di stagno, costruendo lavori che gli permettano

(1) Aubry e Rau, t. III, p. 23 e nota 5.
(2) Sentenza di cassazione del 14 dicembre 1859 (Dalloz, 1859, 1, 504).

d'innalzare od abbassare a sua volontà il livello delle acque, e così alternativamente riempire e prosciugare lo stagno, non vi è luogo ad applicare la legge del 1851, non potendo farsi questione d'una servitù di drenaggio dove non vi è prosciugamento (1).

412. La servitù di passaggio che la legge del 1851 stabilisce pel drenaggio, è stata posta in confronto con quella che l'articolo 682 del codice civile accorda al proprietario di un fondo interchiuso. Vi è interchiusura delle acque nel senso che esse non trovano uscita; i lavori di drenaggio hanno per obbietto di procurare ad esse uno scolo. Ecco l'interesse di questo confronto, che trovasi in una sentenza della Corte di cassazione di Francia. Il passaggio, in caso d'interchiusura, non è accordato che a quegli i cui fondi non hanno alcuna uscita sulla via pubblica. Occorre che vi sia un'impossibiltà assoluta di passaggio perchè si possa parlare di interchiusura? La giurisprudenza lascia ai tribunali una grande larghezza di apprezzamento. È stato giudicato che la medesima facoltà spetta pure al magistrato in materia di drenaggio: è in suo potere di valutare e di raffrontare i fatti e le circostanze da cui risultano le difficoltà e gli ostacoli equivalenti ad una impossibilità di dare sfogo alle acque altrimenti che dirigendole sul fondo vicino (2). Su tal potere discrezionale del giudice non può cader dubbio, poichè la legge belga incarica espressamente i magistrati di conciliare gli opposti interessi del proprietario che voglia prosciugare il suo terreno col drenaggio e dei proprietari inferiori per i cui fondi debbono passare le acque.

413. Una giusta e preventiva indennità è consentita ai proprietari pei cui fondi sono condotte le acque. Bisogna dunque applicare qui ciò che abbiamo detto della servitù d'acquedotto. Il compenso essendo preventivo, ne segue che dovrà essere integralmente corrisposto prima dell'immissione in possesso nei terreni sui quali i lavori saranno eseguiti. Un tribunale aveva aggiudicata come indennità del drenaggio una somma da riscuotersi successivamente, di anno in anno, dopo il compimento delle opere relative. La decisione era equa, ma in opposizione col testo formale della legge francese; essa fu cassata (3). Lo stesso accadrebbe secondo la legge belga.

414. Le esenzioni accordate per la servitù d'acquedotto, in favore degli edifici, cortili, parchi e recinti attinenti alle abitazioni, sono estese alla servitù di drenaggio tanto dalla legge del 1851, quanto dalla legge francese. Si legge nell'Esposizione dei motivi della legge del 1854: « La servitù si ferma alla soglia

(1) Confronta sentenza di cassazione del 5 agosto 1868 (Dalloz, 1869, 1, 454) e la nota dell'estensore.
(2) Sentenza di rigetto del 1.° giugno 1863 (Dalloz, 1864, 1, 186).
(3) Sentenza di cassazione del 14 dicembre 1859 (Dalloz, 1859, 1, 504).

dell'abitazione, ed il dogma della inviolabilità del domicilio che protegge il cittadino contro gl'importuni, le turbative, il pericolo stesso di un accesso contrario alla sua volontà, si applica egualmente agli annessi ed alle pertinenze dell'abitazione ».

415. Vi è una lacuna nella legge belga; essa non permette ai proprietari pei cui fondi passano le acque di profittare dei lavori di drenaggio. Questa lacuna è stata colmata dalla legge francese la cui disposizione trascriviamo: « I proprietari dei fondi *vicini* o *attraversati* hanno facoltà di trar profitto delle opere eseguite in virtù dell'articolo precedente, per lo scolo delle acque dei loro fondi. Essi sopportano in questo caso: 1.° una parte proporzionale nel valore delle opere di cui si servono; 2.° le spese risultanti dalle modificazioni che l'esercizio di questa facoltà può rendere necessarie; 3.° pel tratto successivo, una parte contributiva nella manutenzione delle opere divenute comuni ». Come dice l'Esposizione dei motivi, il legislatore spera che l'esempio dato da un proprietario incoraggerà i suoi vicini a tentare alla lor volta il drenaggio; in siffatta materia lo spirito di imitazione va favorito con tutti i mezzi. Ecco perchè la legge permette non solamente ai proprietari gravati dalla servitù, ma anche ai vicini, di profittare dei lavori di prosciugamento (1).

416. I lavori di drenaggio interessano il più delle volte un gran numero di proprietari. Importerebbe che i loro sforzi si unissero; l'associazione renderebbe meno gravi le spese ed estenderebbe i benefici del prosciugamento a tutte le proprietà, infrangendo resistenze dovute il più delle volte all'ignoranza e ad un malinteso egoismo. In Francia non si ebbe il coraggio di spingersi a tanto. Il legislatore ha preferito di rimettersene alla iniziativa individuale; egli ha, tuttavia, incoraggiate le associazioni permettendo loro di formarsi in sindacato: è una specie di personificazione civile, in conseguenza della quale i proprietari associati possono eseguire i lavori d'indole generale per via di espropriazione per utilità pubblica (2).

Nel Belgio queste associazioni esistono sotto il nome di *wateringues*. La legge del 18 giugno 1846 autorizzò il governo a fare un regolamento di pubblica amministrazione per la istituzione e l'organizzazione amministrativa di *wateringues*, nell'interesse del prosciugamento, dell'irrigazione e del miglioramento delle ripe e vallate dell'Escaut della Lys e della Dendre. Questo regolamento venne approvato col decreto reale del 9 dicembre 1847, il cui art.1.° è così concepito: « Le proprietà situate nelle vallate dell'Escaut, della Lys e della Dendre, ed interes-

---

(1) Esposizione dei motivi della legge francese del 1854 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1855, 4, 97, n. 9).

(2) Legge del 185', art. 3 e 4, ed Esposizione dei motivi (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1864, 4, 96 e 97, n. 10 e 11).

sate a lavori comuni di prosciugamento o d'irrigazione, saranno costituite in associazioni di *wateringues* ». Il beneficio di queste associazioni fu poi esteso dalla legge del 27 aprile 1848 a tutte le località in cui fossero necessari lavori collettivi di prosciugamento (art. 8).

416 *bis*. La legge belga sulla servitù di drenaggio mantiene per questa materia la competenza dei tribunali; la legge francese, invece sottomette al giudice di pace, in prima istanza, le contestazioni cui possono dar luogo la costituzione e l'esercizio della servitù, la determinazione del percorso delle acque, l'esecuzione dei lavori, le indennità e le spese di manutenzione. E' questa una felice innovazione. Si è osservato, in Francia, che la necessità di ricorrere ai tribunali di prima istanza, giurisdizione lontana, lenta e dispendiosa, era una delle difficoltà che avevano ostacolata l'applicazione delle leggi emanate per favorire l'irrigazione; la giurisdizione dei giudici di pace, più vicina al litiganti, meno costosa e più rapida favorirà il drenaggio. Si dovrebbe deferir loro la conoscenza di tutte le contestazioni in materia di irrigazione e di prosciugamento (1).

SEZIONE II. — Del regolamento di confini.

§ I. — *Principio e condizioni.*

417. A termini dell'art. 646, « ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire i termini fra le loro proprietà contigue ». Il regolamento di confini è l'atto col quale i due vicini indicano i limiti dei loro fondi. A quest'effetto si usano segni materiali chiamati confini: donde l'espressione regolamento di confini, che significa altresì l'azione che uno dei vicini ha contro l'altro per costringerlo a stabilire i termini. Ciascun dei due proprietari ha interesse a che taluni segni esterni e certi separino i loro fondi, al fine d'impedire tanto le usurpazioni dell'uno in pregiudizio dell'altro, quanto le contestazioni che la mancanza di limiti fa nascere. E' questo il motivo che porge Pothier, e che il relatore del Tribunato ha riprodotto (2).

Il codice colloca il regolamento di confini tra le servitù derivanti dalla situazione dei luoghi; si sa che esso intende con ciò talune obbligazioni che nascono dal vicinato. Al Consiglio di Stato, Regnaud de Saint-Jean d'Angely criticò la classificazione ammessa dagli autori del codice civile; il regolamento di confini non è una servitù, egli dice, e questa materia sarebbe

---

(1) Relazione sulla legge francese del 1854 (DALLOZ, *Recueil périodique*, 1854, 4, 101, n. 37).

(2) POTHIER, *De la société*, n. 231. Relazione, n. 9 (LOCRÉ, t. IV, p. 187).

meglio collocata nel codice rurale. Treilhard rispose che l'obbligazione di soffrire il regolamento di confini era una servitù. In base a ciò l'articolo venne approvato. L'oratore del governo aggiunge che la questione è soltanto di parole, che il regolamento di confini, essendo un obbligo reciproco tra vicini, trovava naturalmente il suo posto nel titolo delle *Servitù* (1). Ma non è disputa di vane parole il dare un'idea esatta dei rapporti giuridici che esistono tra gli uomini. Ora, è ben certo che l'obbligazione del regolamento di confini nulla ha di comune con le servitù, e non si giustifica la classificazione del codice dicendo «che esso costituisce un attributo reale della proprietà» (2), poichè appunto per essere un attributo della proprietà, il regolamento di confini non è una servitù.

418. Perchè possa farsi luogo al regolamento occorre che le proprietà siano contigue; il codice lo dice espressamente (art. 646), ed a stabilire questa condizione essenziale basta il buon senso. Se dunque due fondi sono separati da un terreno appartenente ad un terzo, i due proprietari non possono agire. La Corte di cassazione ha deciso così in una specie in cui il terreno intermedio era una proprietà comunale i cui limiti non erano certi. Poco importa; sta sempre che il convenuto doveva veder licenziata la domanda dell'attore perchè questi non aveva diritto d'intentare veruna azione contro di lui (3). Sarebbe lo stesso se i due fondi fossero separati da un corso d'acqua, sia esso navigabile o non. E' vero che, secondo l'opinione nostra, i corsi d'acqua non navigabili sono proprietà dei rivieraschi, ma è questa una proprietà affatto speciale, che nella specie tien luogo di confini, poichè il diritto di ciascun rivierasco non si estende che fino alla linea mediana del fiume (4).

Un'altra condizione richiesta perchè si possa far luogo al regolamento di confini è che si tratti di fondi rustici: gli edifici sono limitati per sè stessi, le mura servendo di confine. Ciò suppone che i due edifici siano adiacenti; se sono separati da un terreno privo di costruzioni, l'azione è invece ammissibile (5).

Occorre un terzo requisito, cioè che i terreni contigui siano proprietà divise. Se i due fondi formano una proprietà indivisa, non può essere questione di regolamento di confini. E' inutile di far ricorso alle leggi romane per stabilire un principio dettato dal buon senso. E' pur chiaro che il regolamento di confini potrebbe essere domandato dai comunisti contro un proprietario

---

(1) Seduta del 4 brumaio, anno XII, n. 12 (Locré, t. IV, p. 167). Berlier, Esposizione dei motivi, n. 7 (Locré, t. IV, p. 156).

(2) Demolombe, t. XI, p. 280, n. 142.

(3) Sentenza di rigetto del 15 giugno 1827 (Dalloz, alla parola *Bornage*, numero 15).

(4) Pardessus, t. 1, p. 294, n. 118, e le autorità citate da Dalloz alla parola *Bornage*, n. 16.

(5) Aubry e Rau, t. II, p. 222 e nota 6 e le autorità che vi sono citate.

vicino, ancorchè il fondo contiguo appartenesse ad uno di loro; dal momento che vi sono due proprietà, è mestieri di fissarne i confini (1).

419. E' stato più volte giudicato che non può ammettersi l'azione in regolamento quando si trovano già stabiliti dei termini che separano i due fondi. Ciò è di tutta evidenza. Vi ha fra due proprietà rurali una siepe viva ed antica, ed è pacifico che essa sia comune: la comunione prova che la siepe è la linea di separazione dei due fondi contigui. A che prò si stabilirebbero nuovi termini, quando ve n'è già uno che indica il limite dei due fondi? (2) Questa regola tuttavia, per quanto sembri assoluta non è scevra di difficoltà nella applicazione. Non s'intendono per limiti se non quelli che vennero stabiliti di comune accordo dai proprietari interessati od in virtù d'una sentenza (3). Donde la questione di sapere se basta che vi siano, sul limite dei due fondi, segni qualunque che sembrino delimitarli, perchè l'azione di regolamento di confini debba essere respinta. Si legge in più d'un giudicato che se i termini di confine sono antichi (4) si presume che essi siano stati stabiliti col concorso di entrambi i vicini. Ciò è certamente probabile; ma ogni probabilità è forse una presunzione? Qui c'imbattiamo ancora nella confusione che abbiamo riscontrata più d'una volta nella giurisprudenza in materia di presunzioni. Una sentenza della Corte di Bruxelles dice che la presunzione, nella specie, è una di quelle che diconsi presunzioni dell'uomo, le quali ammettono la prova contraria (5). Apriamo il codice. Esso stabilisce anzitutto la regola elementare che incombe all'attore l'onere di provare il fondamento della sua domanda, e si sa che il convenuto diviene attore quando oppone un'eccezione all'azione intentata contro di lui (art. 1315). L'attore per regolamento di confini nulla deve provare, salvo che i due fondi sono rustici e contigui; il suo diritto è scritto nella legge. Che cosa il convenuto gli oppone? Che vi sono i termini di confine. E sufficiente per questo che vi siano taluni segni materiali che sembrano delimitare due fondi? Questi termini nulla provano per sè stessi, occorre che siano stabiliti di comune accordo dalle parti interessate. È dunque necessario che il convenuto dia la prova di questo accordo. Invano direbbe che i termini sono antichi e che è quindi probabile siano stati piantati da entrambi i vicini. È

---

(1) Pardessus, t. I, p. 298, n. 118, e le autorità citate da Dalloz alla parola *Bornage*, n. 17.

(2) Sentenza di rigetto del 2 novembre 1808 (Dalloz, alla parola *Bornage*, n. 18, 2.º). Bruxelles, 9 luglio 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 141).

(3) Rennes, 11 luglio 1829 (Dalloz, alla parola *Bornage*, n. 19). Demolombe, t. XI, p. 299, n. 268.

(4) Aix, 17 luglio 1838 (Dalloz, alla parola *Bornage*, n. 20); Liegi 13 marzo 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 67).

(5) Bruxelles, 13 agosto 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 29).

questa una semplice presunzione dell'uomo, cioè una di quelle probabilità di fatto che la legge rimette alla prudenza del magistrato; ma può egli sempre decidere le contestazioni mediante simili presunzioni? L'art. 1353 risponde alla nostra questione: le presunzioni dell'uomo non sono ammesse che nei casi in cui la legge consente la prova testimoniale, e quindi nelle controversie in cui il valore pecuniario non oltrepassa le lire centocinquanta; ciò che l'escluderà quasi sempre in materia di regolamento di confini. Lasciamo dunque da parte le presunzioni dell'uomo; e quanto a presunzioni legali, nella specie non ve ne sono. La nostra conclusione è che se il convenuto non riesce a dimostrare che i termini da lui allegati sono stati stabiliti in virtù d'una convenzione o di una sentenza, bisogna decidere che legalmente non vi sono confini, e perciò l'azione di delimitazione è ammissibile.

420. In questa materia una grandissima influenza è esercitata dal fatto. La Corte di cassazione ha deciso che l'azione di regolamento di confini è sempre ammissibile, salvo che non esistano termini che abbiano un carattere di uso comune (1). Si dovrà intendere la frase nel senso che occorrano dei termini legali? No, perchè la legge è muta su questo punto; e le parti possono, senza alcun dubbio, scegliere quei segni che vogliono, ancorchè non siano nell'uso; l'essenziale è che sia constatato l'accordo delle parti.

Solo quando v'ha dubbio e contestazione su questo punto i giudici debbono tener conto degli usi locali. La Corte di Gand ha giudicato che nella Fiandra occidentale, e specialmente nei quartieri situati al nord della città di Bruges, il fosso comune è il mezzo generale e quasi esclusivo di limitare due proprietà contigue; fondandosi sopra quest'uso, come sui fatti e sulle circostanze della causa, da cui risultava che il fosso in questione era comune, la Corte decise che non potevasi accogliere l'azione di regolamento di confini, poichè non può parlarsi di regolamento ove vi sono già confini determinati (2). Noi diamo atto di questa giurisprudenza senza approvarla completamente. Ancorchè si trovino, nel limite dei due fondi, dei termini di confini in conformità agli usi locali, ciò non prova ancora che questi segni siano stati stabiliti in contradditorio, e tutto dipende da ciò. Senza dubbio, è probabilissimo che i segni i quali di regola servono di delimitazione saranno stati stabiliti di comune accordo; ma le probabilità, per forti che siano, non sono prove; esse non divengono tali se non quando il legislatore ne deduce una presunzione. È ciò che la legge avrebbe dovuto fare, ma siccome non l'ha fatto, si rimane sotto l'impero dei principii generali che governano le prove.

---

(1) Sentenza di cassazione del 30 dicembre 1818 (Dalloz, alla parola *Bornage*, num. 19).

(2) Gand, 2 dicembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 73).

421. Ancorchè l'esistenza dei confini non sia contestata, l'azione di regolamento sarà nondimeno ammissibile, se una delle parti pretende che vi siano state usurpazioni (1); chi è stato con tal mezzo privato d'una parte della sua proprietà deve avere il diritto di reclamarla. Solamente, in questo caso, l'azione di regolamento di confini implica una rivendicazione. Noi ritorneremo su questo punto. Un sentiero separa due fondi; i due vicini stabiliscono dei termini sopra ciascuna estremità. Uno dei proprietarii conviene il suo vicino innanzi al giudice di pace, perchè contribuisca alla manutenzione del sentiero; indi scopre un antico limite nel fondo contiguo, al di là del sentiero, ed intenta un'azione di regolamento di confini. Era questa ammissibile? La Corte di Bruxelles si pronunziò per l'affermativa (2). A dir il vero, l'azione non aveva per diretto scopo il regolamento di confini, ma tendeva a provare che anteriormente all'ultimo regolamento, uno dei vicini aveva commesso delle usurpazioni in danno dell'altro; l'attore dunque doveva dimostrare anzitutto la usurpazione; ammessa la sua azione, ne risultava la necessità di un nuovo regolamento di confini. Non è questa una differenza di parole soltanto: come diremo più innanzi, l'azione di regolamento di confini e l'azione di rivendicazione differiscono immensamente fra loro.

§ II. — *Chi può intentare l'azione di regolamento di confini?*

422. Ogni proprietario, dice l'art. 646. La Corte di Rennes ha deciso, e con ragione, che durante la indivisione l'erede può, al pari di ogni altro comunista, intentare l'azione di regolamento di confini. Infatti, egli è proprietario del fondo che deve essere limitato, ed ha interesse a che lo sia, poichè l'estensione del fondo dev'essere esattamente conosciuta quando si procederà alla divisione. Nella specie, l'erede attore aveva ancora un altro interesse più urgente, perchè in pregiudizio dell'eredità stava per compiersi la prescrizione. Nondimeno gli altri eredi ricusarono di unirsi all'attore. Ciò non toglieva che egli non fosse in diritto d'agire in virtù del suo diritto di comproprietà, che si estendeva a tutti gli oggetti ereditarii (3).

423. Dovrà l'attore dimostrare il suo diritto di proprietà? Vi è qualche dubbio. Non può forse asserirsi che, appartenendo l'azione al solo proprietario, la prova della proprietà sia una condizione indispensabile all'ammissibilità dell'azione stessa? Si potrebbe aggiungere ancora che il convenuto ha interesse a che

---

(1) Sentenza di rigetto del 14 gennaio 1824 (Dalloz, alla parola *Bornage*, n. 18, 1.°).
(2) Bruxelles, 3 marzo 1814 (*Pasicrisie*, 1814, p. 23).
(3) Rennes, 11 luglio 1829 (Dalloz, alla parola *Bornage*, n. 19).

il vero proprietario sia in causa, perchè egli non potrebbe opporre la sentenza ottenuta in suo favore al proprietario che non fosse stato parte nel giudizio. È questa l'opinione di Pardessus, e, a nostro parere, è la vera (1). Tuttavia la dottrina contraria viene generalmente seguita ed è consacrata dalla giurisprudenza (2). S'invoca l'autorità di Pothier, il quale insegna in effetto che il possessore di un fondo, che agisce pel proprietario, lo sia o non lo sia, ha piena capacità per intentare questa azione: egli non ha bisogno di giustificare la sua proprietà, il possesso lo fa presumere proprietario (3). Non occorre che noi ripetiamo come bisogna diffidare dalle presunzioni sconosciute alla legge. Il possesso è un fatto, e non ha altri effetti salvo quelli che il legislatore vi annette. Se, in materia di regolamento di confini, la legge avesse inteso di porre il possessore nel medesimo grado che il proprietario, lo avrebbe detto, ed avrebbe dovuto dirlo espressamente perchè la sentenza resa in contradditorio col possessore fosse opponibile al proprietario. Nel silenzio del codice noi non ammettiamo questa pretesa presunzione. Chi agisce deve provare che ha qualità di agire; chi dunque domanda il regolamento di confini asserendosi proprietario, deve dimostrare di esserlo in realtà.

424. L'art. 646 dice che ogni *proprietario* può agire pel regolamento di confini. Si domanda se il solo proprietario abbia questo diritto. È generalmente ammesso che la stessa facoltà appartiene a coloro che hanno un diritto reale sulla cosa, diritto a ragion del quale hanno interesse a domandare il regolamento di confini. Infatti, il proprietario può agire per regolamento di confini in quanto possiede un diritto reale; dunque la medesima facoltà deve pur essere accordata all'usufruttuario, all'usuario, all'enfiteuta. Noi abbiamo già detto che l'usufruttuario ed il nudo proprietario hanno entrambi diritto d'intentare l'azione; in conseguenza il convenuto ha diritto di chiamare in causa le due parti interessate, per non dover sostenere un nuovo giudizio (4). Quanto al creditore anticretico, la soluzione dipende dal punto di sapere se anch'egli abbia un diritto reale; lo vedremo al titolo del *Pegno*. L'affittuario non avendo alcun diritto sul fondo, è evidente, dice Pothier, che non ha capacità per promuovere l'azione in regolamento di confini. Se vien turbato nel suo godimento per contestazioni circa i confini dei terreni che egli tiene in affitto, deve agire contro il locatore perchè questi metta fine a tale turbativa, facendo delimitare i

---

(1) PARDESSUS, t. II, p. 229, n. 331. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. II, pagina 223 e nota 10 e le autorità che vi sono citate.

(2) Montpellier, 14 gennaio 1842 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 374).

(3) POTHIER, *De la société*, n. 232.

(4) Vedi, innanzi, n. 37 e t. VI, n. 367. La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (AUBRY e RAU, t. II, p. 223 e nota 11). DALLOZ, n. 23, 1, 2.

fondi affittati. Questi principii sono ancor quelli del nostro diritto moderno, come diremo al titolo della *Locazione,* quantunque si pretenda che il diritto dell'affittuario abbia assunto il carattere di realità (1).

425. Contro chi deve o può essere proposta la domanda? Contro il proprietario contiguo, dice l'art. 646. Occorre che il convenuto sia proprietario, poichè egli ha la medesima parte dell'attore, non potendo uno dei fondi essere limitato senza che l'altro nol sia del pari. Se dunque l'azione fosse promossa contro l'affittuario, il convenuto dovrebbe dichiarare il suo titolo, e bisognerebbe chiamare in causa il locatore. È pur necessario che il convenuto sia proprietario contiguo, essendo la contiguità condizione essenziale del regolamento di confini.

Si domanda se i vicini non contigui possano essere chiamati in causa, sia dall'attore, sia dal convenuto, sia dal giudice di pace. La giurisprudenza e la dottrina si sono pronunciate per l'affermativa. Vi è tuttavia qualche dubbio, almenó in quanto alla forma del procedimento. La Corte di cassazione ha ammessa la validità dell'azione proposta contro tutti i vicini interessati, contigui o non, per la ragione che il tribunale aveva riconosciuta necessaria la loro presenza per la regolare delimitazione della proprietà limitrofe (2). Che i vicini debbano essere chiamati in causa quando la loro presenza è necessaria, non è dubbio. Ma da chi? Il testo del codice non permette l'istanza che contro il proprietario contiguo; è dunque il convenuto che deve chiamare in causa il suo vicino, e così di seguito (3). Demolombe, pur confessando che questo modo di procedere è il più regolare, aggiunge che la legge non ne fa un obbligo assoluto. Or, come può dirsi che tale procedimento sia il più regolare, se non è stabilito dalla legge? Quanto al tribunale, è stato deciso che la legge, attribuendo al giudice di pace la cognizione delle azioni per regolamento di confini, non ha potuto ricusargli i mezzi necessarii per adempiere bene a questa missione; ora, può presentarsi il caso in cui, per limitare esattamente due proprietà contigue, sia necessario di estendere l'operazione alle proprietà vicine e comprendervi il tenimento da cui esse dipendono. E' quanto il giudice di pace aveva riconosciuto nella specie, dopo essersi trasferito sopra luogo. Tuttavia non sembra che la Corte abbia una completa fiducia in questa argomentazione, poichè prende cura d'aggiungere che i vicini immediati del solo proprietario opponente avevano domandato il regolamento di con-

(1) POTHIER, *De la société,* n. 332. DEMOLOMBE, t. XI, p. 293, n. 258. AUBRY e RAU, t. II, p. 223 e nota 12.
(2) Sentenza di rigetto del 20 giugno 1855 (DALLOZ, 1856, 1, 312). Confronta Douai, 11 novembre 1842 (DALLOZ, alla parola *Servitude,* n. 364, 1).
(3) CURASSON, *Du bornage,* num. 50. Confronta DEMOLOMBE, t. XI, pag. 298, num. 267.

fini dei loro terreni contigui con i suoi, il che rientrava nell'applicazione testuale dell'art. 646 (1). È sempre meglio attenersi strettamente alla legge.

426. Quale capacità si richiede per promuovere l'azione o per rispondervi? Vi è controversia su questo punto, e dipende da ciò che sotto il nome di istanza per regolamento di confini si confondono due azioni ben diverse. Vi è azione per regolamento di confini quando l'attore conchiude che siano stabiliti dei termini sulla linea di separazione dei due fondi contigui, essendo questa linea certa ed incontestata. In questo primo caso, non vi è alcun dubbio; è un atto d'amministrazione, per meglio dire di conservazione, che avrebbero diritto di fare tanto il tutore, come il minore emancipato ed il marito amministratore dei beni della moglie, poichè quantunque l'azione sia relativa ad un immobile, nulla ha d'immobiliare, non mirando già ad acquistare un immobile, sibbene a conservarlo. Ma quando i limiti sono incerti o contestati, i diritti immobiliari delle parti sono impegnati nella controversia; ciascuna di esse può perdere, in conseguenza del regolamento, una porzione dei fondi che possiede; l'azione quindi diventa immobiliare e non può più intentarsi dal tutore se non coll'autorizzazione del consiglio di famiglia, dal minore emancipato se non coll'assistenza del curatore, e dal marito se non col concorso della moglie. Quanto al marito, bisogna aggiungere che, nella maggior parte dei regimi matrimoniali, egli è usufruttuario dei beni particolari della moglie, ed in questa qualità può promuovere una domanda di regolamento di confini, come abbiamo detto testè (2).

Demolombe propone un'altra distinzione basata sulla competenza. Ancorchè i limiti siano incerti, il giudice di pace è competente a conoscere dell'azione in regolamento di confini, purchè non insorga alcuna contestazione sulla proprietà e sui titoli che la stabiliscono; in questo caso, i semplici amministratori possono proporre l'istanza. Che se la proprietà è contestata il giudice di pace è incompetente, e per conseguenza gli amministratori, come tali, sono incapaci (3). Questa distinzione non ci sembra giuridica. Che mai hanno fra loro di comune, la competenza e la capacità? E come la capacità aumenterebbe o diminuirebbe, secondo che la competenza è estesa o è ristretta? È l'obbietto della azione che determina la capacità o l'incapacità a promuoverla. Ora, quale è l'obbietto, quale è l'effetto del regolamento di confini quando i limiti sono contestati? Ne risulterà, dice Demolombe, o potrà almeno accadere, che l'operazione

(1) Sentenza di rigetto del 9 novembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 31).
(2) Aubry e Rau, t. II, p. 223. Confronta Zachariae, traduzione di Vergé, t. II, p. 167, nota 2.
(3) Demolombe, t. XI, p. 293, nn. 260 e 261. Confronta Aubry e Rau, t. II, p. 224, nota 14.

determini, sia un aumento, sia una diminuzione nell'estensione del fondo (1); e quindi un aumento od una diminuzione nel godimento dell'immobile. E questo sarebbe un atto d'amministrazione? Demolombe non è troppo convinto della verità del suo principio, poichè lo abbandona senza ragione alcuna, quando si tratta di applicarlo al minore emancipato. La nostra scienza domanda un po' più di logica.

§ III. — *Dell'azione di regolamento di confini.*

427. Leggi posteriori al codice di procedura hanno attribuito la cognizione delle azioni in regolamento di confini al giudice di pace, con la restrizione tuttavia che la sua competenza cessa quando sorga controversia circa la proprietà od i titoli che la stabiliscono.

Non bisogna credere che vi sia contestazione sulla proprietà sempre quando i limiti siano incerti o posti in discussione. Possono esservi atti di vendita o di divisione concernenti i fondi di cui domandasi il regolamento di confini. La proprietà è certa, ma non essendo i fondi limitati, insorgono difficoltà tra i vicini sulla linea di separazione dei medesimi; questa controversia è estranea alla proprietà, essa ha solamente per obbietto di delimitarla nel modo più esatto. Senza dubbio potrà risultare dall'esame dei titoli e della misurazione, che uno dei vicini possiede una porzione di terreno maggiore o minore di quella che ha il diritto di possedere; ma la controversia sull'estensione non è, nella specie, un diritto sulla proprietà, poichè l'estenzione è determinata dai titoli; non si tratta che d'indicarla in modo certo per toglier di mezzo le invasioni e le usurpazioni che hanno avuto luogo, e che, in mancanza di limiti, sono inevitabili. Il legislatore ha deferito la cognizione delle cause per regolamento di confini al magistrato locale, perchè tali questioni si decidono coll'accesso sopra luogo, e con operazioni fatte sul terreno (2).

428. L'azione di regolamento di confini è personale, reale o mista? Pothier dice che è mista, ma principalmente personale, poichè nasce dall'obbligazione personale che i vicini contraggono reciprocamente per effetto del vicinato. Partecipa altresì in qualche modo dell'azione reale, dice Pothier, in quanto che mediante quest'azione il vicino reclama ciò che fa parte del suo fondo e potrebbe essere stato usurpato dal suo vicino (3). Sembra che questa dottrina sia stata consacrata dal codice. Da una parte,

---

(1) DEMOLOMBE, t. XI, p. 304, n. 273.
(2) Legge francese del 25 maggio 1838, art. 6, n. 2. Legge belga del 25 marzo 1841, art. 9. AUBRY e RAU, t. II, p. 228 e seg.
(3) POTHIER, *De la société*, n. 231.

infatti, esso colloca le obbligazioni che sorgono senza concorso di volontà fra i proprietari vicini, nella sede dei quasi-contratti, e l'azione che nasce da un quasi-contratto è personale (articolo 1370); d'altra parte, esso considera il regolamento di confini come una servitù derivante dalla situazione dei luoghi. L'azione sarebbe dunque nel contempo personale e reale, vale a dire mista. Noi abbiamo già fatto le nostre riserve sulla teoria delle azioni miste (1); è impossibile che un solo e medesimo diritto sia nel tempo stesso un diritto di obbligazione, nascente da un quasi-contratto, ed un diritto reale, indipendente da ogni vincolo di obbligazione. A dire il vero, il regolamento di confini non è nè un quasi-contratto, nè una servitù; la facoltà di domandare il regolamento di confini è un attributo della proprietà; ora, qualunque azione nasca dalla proprietà, indipendentemente da un vincolo di obbligazione, è un'azione reale. Questa opinione è prevalente nella dottrina (2), quantunque vi domini una grande incertezza, ciò che è inevitabile, dal momento che gli stessi autori del codice non avevano una nozione precisa circa la natura del regolamento di confini. A torto dunque l'oratore del governo pretendeva che si trattasse d'una disputa di vane parole. Non entreremo in questa discussione, che è estranea al nostro lavoro. Ci limiteremo a constatare che, per confessione di tutti, l'azione di regolamento di confini dev'essere istituita innanzi al giudice del luogo in cui i fondi sono situati.

429. L'azione di regolamento di confini si prescrive come tutte le azioni, ovvero è imprescrittibile? Bisogna distinguere. L'azione di regolamento di confini propriamente detta è imprescrittibile, vale a dire che il regolamento può essere sempre domandato, per qualunque lasso di tempo i due fondi siano rimasti senza determinazione di limiti (3). La ragione sta in ciò che il diritto in questione è inerente alla proprietà e non può quindi estinguersi finchè questa sussiste. Trattasi di uno di quei diritti di cui il proprietario può valersi, o meno, a suo arbitrio, e che si chiamano perciò diritti di pura facoltà. Ora questi diritti non si ponno prescrivere come abbiamo già notato altrove. Il che prova che gli autori del codice hanno avuto torto di collocare il regolamento di confini fra le servitù derivanti dalla situazione dei luoghi; se fosse una servitù, si estinguerebbe pel non uso durante trent'anni.

Dal perchè il regolamento di confini è imprescrittibile, non è però a conchiudersi che uno dei vicini non possa prescrivere in tutto od in parte i fondi limitrofi. Egli lo potrebbe fare an-

---

(1) Vedi il t. IV dei miei *Principii*, n. 77 e segg.

(2) Demante, t. II, p. 590, n. 500 *bis*, III. Dalloz, alla parola *Action*, n. 131. Demolombe, t. XI, p. 281, n. 243 e 244.

(3) Vedi le autorità citate da Aubry e Rau, t. II, p. 225, nota 18, e da Dalloz alla parola *Bornage*, n. 13.

corchè vi fossero titoli determinanti l'esatta estensione del suo fondo. La prescrizione è di diritto comune, e nessuna legge nè alcun principio si oppongono a che uno dei vicini prescriva contro l'altro. Invano s'invocherebbe l'art. 2240, a termini del quale non è concesso di prescrivere contro il proprio titolo; l'articolo stesso spiega il senso di questo adagio soggiungendo che nessuno può mutare, riguardo a sè medesimo, la causa ed il principio del suo possesso, vale a dire che non si può cambiare un possesso precario in un possesso a titolo di proprietà. Ma nulla impedisce che si prescriva contro il proprio titolo, nel senso che si può prescrivere al di là di questo.

L'applicazione del principio solleva una difficoltà di fatto della quale erroneamente si è voluto fare una questione di diritto. Occorre che il possesso che serve di base alla prescrizione riunisca i caratteri richiesti dalla legge. Anzitutto, deve essere certo: è quindi necessario che il terreno che uno dei vicini pretende d'aver prescritto sia delimitato da segni certi. Una siepe viva, una scarpa, un burrone sono segni sufficienti. È una questione di fatto, ed i fatti non si stabiliscono *a priori*, ma dietro le circostanze della causa (1). Il possesso deve inoltre essere pubblico e non equivoco. Si è detto che non potrebbe avere questo carattere quando l'estensione del fondo in controversia non fosse che mediocre, per ciò che, in questo caso, il possesso si fonda sopra usurpazioni successive che il più delle volte sono impercettibili. Non è questo, si dice, un possesso pubblico, esclusivo, a titolo di proprietà; all'opposto clandestino, equivoco. Che in fatto possa essere così, non si discute; ma da ciò a decidere, come ha fatto la Corte di Parigi, che la prova del possesso non è neppure ammissibile, è pregiudicare, con ragioni teoriche, un punto di fatto: il che non si può ammettere. E' forse concepibile che si dica, prima d'avere aperta un'inchiesta, che non si udranno i testimoni, perchè non possono avere conoscenza dei fatti? (2).

430. Si domanda se contro l'azione per regolamento di confini potrebbe eccepirsi il possesso annale. Enunciata in questi termini, la questione, senza alcun dubbio, dev'essere decisa negativamente. La legge determina gli effetti del possesso annale. Quando esso è a titolo di proprietà, attribuisce al possessore un diritto ai frutti e le azioni possessorie; in ciò nulla v'ha di comune col regolamento di confini. Niun altra eccezione può opporsi a tale domanda se non quella che i limiti vennero stabiliti di comune accordo dai proprietarii contigui, o che il terreno che vuolsi limitare è divenuto proprietà del vicino per conseguenza della avveratasi prescrizione.

---

(1) Confronta AUBRY e RAU, t. II, p. 225 e nota 19.

(2) Parigi, 28 febbraio 1821 (DALLOZ, alla parola *Prescription*, n. 323). In questo senso, DEMOLOMBE, t. XI, p. 286, n. 151. In senso contrario, AUBRY e RAU, t. II, p. 226 e nota 20. TROPLONG, *De la prescription*, n. 352 e 353.

Una sentenza della Corte di Besançon parrebbe aver deciso il contrario. Essa è, almeno, citata dagli autori come quella che avrebbe giudicato che nel caso del possesso annale, non può esservi luogo che ad un'azione di rivendicazione e non ad un'azione di regolamento di confini (1). Ciò non è esatto. La sentenza incomincia dal constatare che i fondi contigui erano separati da una siepe viva, che ad una estremità della siepe eravi una porzione di muro sulla medesima linea e che nella siepe istessa trovavansi tre termini di confine ad una certa distanza l'uno dall'altro, sempre nella stessa direzione. Vi erano dunque limiti, i due terreni erano chiusi, perciò non poteva più trattarsi di regolamento di confini. Uno dei vicini pretendeva nondimeno che l'altro possedesse alcune strisce, di terra a lui appartenenti. Che doveva fare? Agire per regolamento di confini? Vi erano i termini. Non rimaneva che l'azione di rivendicazione. E' quel che la Corte ha deciso, e con ragione, ci sembra. La sentenza non nega che, in conseguenza della delimitazione, lo stato di possesso non possa essere cambiato; ma, nella specie, non eravi più luogo a determinazione di confini. La sentenza ha soltanto il torto d'insistere sul possesso annale; annale o non, il possesso era fuori di causa, dal momento che non era sufficiente a stabilire una prescrizione.

§ IV. — *Scopo del regolamento di confini.*

431. Quando i limiti sono certi e non contestati, il regolamento di confini è un'operazione materiale, che si fa col piantare dei termini od altri segni di delimitazione; le parti sono libere di sceglierli, ma faranno bene a valersi di quelli più in uso, allo scopo di prevenire qualunque contestazione sull'esistenza stessa dei medesimi. La prudenza esige ancora che sia redatto processo verbale dello stabilimento dei termini, non formando la sola esistenza di questi prova completa che siano stati stabiliti di comune accordo: tale è almeno l'opinione che noi abbiamo insegnata (n. 419) (2).

432. D'ordinario i limiti sono incerti; obbietto dell'azione è, in questo caso, di ricercarli e di fissarli mediante segni. Può darsi altresì che i limiti siano contestati da uno dei vicini, il che li rende ancora incerti fino a che non siano determinati dal magistrato. In qual modo potrà costui stabilire la linea di separazione dei due fondi? In simili controversie, s'invocano due specie di prove, i titoli ed il possesso; quale dei due dovrà essere preferito? Se vi è un titolo comune

(1) Besançon, 10 marzo 1828 (DALLOZ, alla parola *Bornage*, n. 21).
(2) Circa alla pratica da seguirsi in questa ipotesi, vedi CURASSON, t. II, p. 465, e DALLOZ, alla parola *Bornage*, n. 31.

alle due parti, come una divisione, esso prevarrà certamente sopra fatti di possesso che spessissimo sono risultato di una usurpazione. Ma se i titoli prodotti da una delle parti non emanano dall'altra, non abbiamo più una prova scritta, ma un semplice principio di prova, che, a rigor di principio, non ha maggior valore del possesso. Il giudice apprezzerà i fatti e le scritture (1). Se gli atti stabiliscono l'estensione dei due fondi, bisognerà procedere ad una misurazione per constatare se il fatto è d'accordo con questa indicazione. La conseguenza di queste operazioni potrà essere che ciò che uno dei vicini possiede in meno sia posseduto in più dall'altro; per conseguenza vi sarà luogo ad una restituzione di terreno.

433. Essendo il risultato ordinario dell'azione di regolamento di confini la restituzione di una parte del terreno, si potrebbe credere che essa implichi sempre una rivendicazione, salvo che non abbia unicamente per obbietto il piantamento dei segni trovandosi le parti d'accordo sui limiti e sulla linea in cui questi debbono essere infissi. La legge stessa tuttavia stabilisce una differenza tra il regolamento di confini e la rivendicazione, poichè attribuisce la cognizione della prima di queste azioni al giudice di pace, mentre quando la proprietà è contestata sono solamente competenti i tribunali civili. Donde nasce la questione di sapere come si distinguerà l'azione di regolamento di confini dalla rivendicazione. Non si tratta soltanto d'una questione di competenza, la quale sarebbe estranea all'obbietto del nostro lavoro; vi ha differenza altresì per quanto concerne le prove. Nella rivendicazione spetta all'autore di dare la dimostrazione del diritto da lui reclamato; il convenuto nulla deve provare, egli trionfa nel giudizio solo perchè l'attore non stabilisce il suo diritto. Noi abbiamo detto altrove quante difficoltà solleva una tale questione (2). Nelle cause per regolamento di confini, ciascuna delle parti è attrice, ma di che debbono dare la prova? Della rispettiva proprietà? No; è vero che, nella nostra opinione, non potendo l'azione essere promossa che da colui il quale ha, sia un diritto di proprietà, sia un diritto reale sulla cosa che dev'essere limitata, l'attore deve provare l'esistenza della qualità che gli attribuisce il diritto d'agire. Ma altro è provare la sua qualità di proprietario, altro dimostrare l'estensione della proprietà; tale onere incombe al rivendicante. L'attore per regolamento di confini non avrà pure tale obbligo? È qui che le due azioni sembrano confondersi: provare l'*estensione* della proprietà, o provare i *limiti* che la comprendono, non è una sola e medesima cosa sotto nomi diversi?

Vi è un carattere essenziale che le distingue. Che significa *rivendicare?* È esercitare il diritto di proprietà; il proprie-

---

(1) Metz, 8 dicembre 1857 (Dalloz, 1860, 2, 42).
(2) Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 159 e seg.

tario pone la mano sulla cosa che pretende gli appartenga. Ora, la proprietà suppone una cosa determinata, su cui il padrone ha potere assoluto di disposizione. Dunque la rivendicazione ha essenzialmente per obbietto una cosa certa, determinata. Chi rivendica un immobile, un terreno deve provare qual'è la cosa precisa che reclama come sua. È egli lo stesso nell'azione di regolamento di confini? Noi supponiamo che i limiti siano incerti o contestati; è solo in questo caso che può esservi dubbio. Se i limiti sono incerti, allora non si può dire certamente che colui il quale domanda il regolamento di confini reclama come sua una porzione determinata di un campo, poichè egli stesso riconosce che ignora la linea di separazione tra la sua proprietà e quella del suo vicino. Se pretende che il suo vicino abbia oltrepassato questo limite, il che è contestato da costui, forse che reclama, in questo caso, una porzione determinata, che sostiene essere stata usurpata dal suo vicino? Se tale è l'obbietto della sua dimanda, vi sarà rivendicazione sotto il nome di regolamento di confini, il giudice di pace sarà incompetente; la controversia dovrà essere portata dunque innanzi al tribunale civile, ed ivi l'attore sarà tenuto a provare, sia con titoli, sia mediante la prescrizione, che ha infatti la proprietà della porzione di terreno che pretende appartenergli. Ma è questo forse l'obbietto nececessario dell'azione di regolamento di confini? No; l'attore, ordinariamente, conclude chiedendo che siano fissati dei termini sulla linea di separazione dei fondi contigui; ancorchè egli indichi questa linea, non reclama come a lui appartenente una porzione determinata del campo: la delimitazione non è una rivendicazione. Può bene accadere che tale delimitazione abbia per ultimo risultato una restituzione di terreno, ma è questa una parte indeterminata, ignota ancora; forse non esistente; per giungere alla delimitazione, l'attore non ha bisogno di opporre al suo vicino dei titoli in cui questo sia stato parte, gli basta giovarsi di titoli propri, o di fatti che indicano il limite. Quando i fatti o il confronto dei titoli prodotti dalle parti provino che il convenuto possieda una estensione maggiore di quella cui ha diritto, dovrà restituire l'eccedente. Nell'azione di rivendicazione, non si procede così. Ancorchè il convenuto possegga una estensione maggiore di quella che il suo titolo porta, l'attore non ottiene con ciò soltanto vittoria nel giudizio; occorre ch'egli provi che questa eccedenza di estensione, la quale forma l'obbietto determinato della sua dimanda, gli appartiene, e non può invocare, per dimostrarlo, se non titoli in cui il suo avversario ha avuto parte (1).

La prova essendo più facile in materia di regolamento di confini, può avvenire che l'attore simuli una rivendicazione sotto

(1) Attingiamo questi sviluppi in una eccellente relazione del consigliere Mesnard, sulla sentenza di rigetto del 2 aprile 1850 (Dalloz. 1851, 1, 206).

il nome di una domanda di delimitazione. Non è certo il nome che a lui è piaciuto di dare all'azione che ne determinerà la natura, nè egli può sottrarsi alle condizioni della rivendicazione qualificandola regolamento di confini. Occorre dunque che il giudice esamini a che tende l'azione: se ha per obbietto diretto od indiretto un certo corpo, una parte determinata del fondo contiguo, vi è rivendicazione. Vi sarà regolamento di confini se il reclamo non versa sopra una parte determinata del fondo vicino. Daremo ora talune applicazioni attinte nella giurisprudenza.

434. Una delle parti sostiene, sotto forma di domanda riconvenzionale, che nel suo prato vi è una deficienza di 9 are e 75 centiare e che il prato del suo vicino comprende necessariamente la porzione che gli manca. Dietro l'esame dei titoli di ciascuna delle parti, è stato giudicato che i termini del fondo del convenuto dovessero retrocedersi per l'estensione di terreno che mancava all'attore. Prodotto ricorso in cassazione, la sentenza fu confermata. Eravi dubbio. La Corte di cassazione decise che la domanda aveva per obbietto un regolamento di confini e non la rivendicazione di una parte determinata di un fondo (1). Noi ci saremmo pronunciati in senso contrario: poichè sotto il nome di deficienza, l'attore ben reclamava una parte determinata del fondo vicino. Dunque, giusta i principii stabiliti in questa causa anche dal relatore, vi era rivendicazione.

Due comuni furono riuniti, formando due sezioni distinte; il limite di separazione del territorio delle due sezioni essendo stato distrutto, insorsero difficoltà circa la linea su cui doveva essere ricollocato. La sezione attrice concluse che si procedesse per via di periti, e con l'aiuto di titoli, di segni materiali ed altri documenti, alla ricerca e determinazione dei limiti rispettivi dei due territori, che dianzi avevano formato due comuni distinti. Nella specie, non eravi alcun dubbio; la sezione attrice non reclamava una porzione determinata del territorio dell'altra; essa concludeva che si stabilissero i confini che separavano le due sezioni. La Corte di Besançon decise che si trattava d'una semplice azione di delimitazione, e, sul ricorso, intervenne una sentenza di rigetto (2).

Due vicini possedevano in comune un cortile; uno di essi vi costruì un muro. L'altro reclamò e chiese un regolamento di confini delle loro proprietà contigue. La Corte di cassazione decise che si trattava d'una domanda in rivendicazione. Essa si fondò sull'azione stessa, così come era stata formulata. L'attore asserivasi proprietario di tutto il terreno in questione, e dolevasi che il suo vicino avesse fatto elevare sulla proprietà

(1) Vedi la precitata sentenza del 2 aprile 1850, resa sulla relazione del consigliere MESNARD.
(2) Sentenza del 29 luglio 1856 (DALLOZ, 1856, I, 411).

di lui, attore, un muro che lo privava della maggior parte del suo cortile. Una sentenza di cassazione decise che la pretesa azione di regolamento di confini fosse una rivendicazione, perchè aveva per obbietto una cosa determinata, il cortile (1).

§ V. — *Effetti del regolamento di confini.*

435. A termini dell'articolo 646, il regolamento di confini è fatto a spese comuni. Ciò vuol dire che ciascuna delle parti sopporta la metà delle spese, qualunque sia l'estensione ed il valore dei due fondi. A primo aspetto, questa proporzione sembra ingiusta; ma il legislatore ha considerato, e con ragione, che il regolamento di confini è ugualmente vantaggioso ad entrambi i vicini, perchè previene le usurpazioni e le liti. Questa regola è essa assoluta? Si applica a tutte le spese cui può dare occasione la domanda di regolamento? Non vi è alcun dubbio quanto a quelle rese necessarie dal piantamento dei termini; queste sono fatte nell'interesse di entrambi i vicini; è dunque giusto che le sopportino per metà, come dice la legge del 28 settembre 1791. Quanto alle spese di misurazione, la questione è dubbia; si può dire che il testo non distingue; ma è ben esatto che comprenda anche queste? Parlando delle spese pel regolamento di confini, il legislatore non ha pensato che a quelle che ogni regolamento rende sempre indispensabili, e non ve ne sono altre che i termini di confine. La misurazione non occorre sempre; le spese relative non sono dunque spese di regolamento di confine, ma piuttosto di giudizio; ora, tutti sono d'accordo per mettere queste ultime a carico della parte soccombente; infatti, chi soccombe ha avuto torto di contestare la delimitazione, è la sua resistenza riconosciuta ingiusta che ha resa necessaria la misurazione, ed egli deve quindi sopportare le conseguenze del proprio fatto. Per eccezione, il giudice potrà dividere le spese di misurazione, se le due parti lo han chiesto; ma in questo caso, terrà conto dell'estensione e del valore dei fondi pei quali domandasi il regolamento di confini (2).

436. Qual'è l'effetto del regolamento relativamente alla proprietà? Noi abbiamo detto che l'azione di regolamento di confini non cade sulla proprietà; essa può aver tuttavia per effetto

---

(1) Sentenza del 27 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 1, 98). Vi è una sentenza nel medesimo senso, e del medesimo giorno, della sezione dei ricorsi (Dalloz, *ibid.*, p. 102). Vedi il t. VI dei miei *Principii*, n. 167. Confronta sentenza di rigetto del 20 aprile 1868 (Dalloz, 1869, 1, 85).

(2) Vedi le medesime opinioni in Demolombe, t. XI, p. 307, n. 266 e in Aubry e Rau, t. II, p. 226 e note 22 e 24. Confronta sentenza di Besançon del 31 luglio 1828 (Dalloz, alla parola *Bornage*, n. 67).

una restituzione di terreno. Ciò non vuol dire che la sentenza la quale ordina questa restituzione sia traslativa di proprietà. Il giudice dichiara quali sono i diritti delle parti; ciò è vero della sentenza che ammette la rivendicazione, ed a più forte ragione di quella che non fa se non delimitare i fondi (1). Bisogna dire di più: il giudice che ordina di stabilire termini di confine sul limite di separazione dei due fondi non risolve una questione di proprietà, non ha neppure diritto di farlo. Donde segue che il regolamento di confini non impedirebbe alla parte che soccombe d'intentare un'azione di rivendicazione; il convenuto non potrebbe respingere la domanda con l'eccezione di cosa giudicata; poichè la rivendicazione costituisce una domanda nuova. Così venne giudicato in un'altra specie dalla Corte di cassazione. La domanda di regolamento di confini era stata avanzata in appello; la Corte decise che essa non poteva farsi in tal grado e in un'istanza per revindicazione, poichè il regolamento di confini, essenzialmente diverso dalla revindicazione, costituiva una nuova domanda (2). Il regolamento di confini non ha dunque effetto che relativamente alla delimitazione.

437. Potrà il regolamento venir impugnato? Se le parti interessate vi consentono, formasi un contratto fra di esse; questa convenzione può essere annullata per le cause che, secondo il diritto comune, permettono di domandare la nullità d'un contratto. È stato deciso che la convenzione con la quale due proprietari si obbligano a delimitare i loro fondi secondo una linea di demarcazione, da essi medesimi indicata, può essere annullata per errore di fatto. Nella specie, al momento in cui procedevasi al regolamento di confini si scoprirono gli antichi segni divisionali, la cui esistenza era ignota alle parti quando stipularono la convenzione. Tale ignoranza costituendo un errore essenziale, dovevano trovare applicazione i principii generali che regolano i vizi del consenso (3).

Se fosse intervenuta una sentenza, dovrebbero trovar luogo i principii che governano i gravami ammessi contro le decisioni giudiziarie, l'opposizione, l'appello e la cassazione (4).

438. Se per qualche accidente i termini di confine fossero stati distrutti, è certo che le parti interessate avrebbero diritto di domandare il loro ristabilimento. Ma supponiamo che esse non agiscano e che questa inazione duri trent'anni; dovrà dirsi che l'azione la quale nasce al momento in cui i termini di confine scompariscono si prescrive colla decorrenza di questo

---

(1) Confronta DURANTON, t. V, pag. 241, num 260. DEMOLOMBE, t. XI, pag. 309, num. 278.
(2) Sentenza di rigetto del 23 marzo 1868 (DALLOZ, 1868, 1, 292).
(3) Douai, 21 febbraio 1848 (DALLOZ, 1849, 2, 48).
(4) AUBRY e RAU, t. II. p. 227 e nota 27 e gli autori che vi sono citati.

tempo. Non si tratta, nella specie, della facoltà di domandare il regolamento di confini; noi abbiamo detto che questa è imprescrittibile: il proprietario agisce in virtù d'una convenzione; ora ogni azione nascente dalla convenzione si prescrive in trent'anni. Sarebbe lo stesso nel caso in cui i termini di confine fossero stati rimossi o spostati in conseguenza di un delitto. Il proprietario interessato avrebbe allora due azioni, quella che nasce dal delitto e quella che nasce dalla convenzione; quest'ultima si prescrive sempre in trent'anni; di guisa che, dopo questo termine, si rientrerebbe nel diritto comune dell'art. 646.

439. Se sono decorsi più di trent'anni dopo lo stabilimento dei termini di confine, si potrà domandare un nuovo regolamento? Ove si supponga che gli antichi termini sussistano, no certamente: non può trattarsi di un nuovo regolamento di confini allorchè vi sono dei termini (1). Non bisogna conchiudere da ciò che l'esistenza di termini impedisca qualunque prescrizione fondata sopra un possesso contrario. La prescrizione cancella anche i titoli, a maggior ragione può compiersi quando non vi sono che segni separativi di due fondi, segni che indicano una semplice delimitazione, e non impediscono la rivendicazione delle terre delimitate in tutto od in parte. Dove è ammessa la rivendicazione, trova pur luogo la prescrizione (2).

Sezione III. — Della chiusura dei fondi.

§ I. — *Principio.*

440. « Ogni proprietario può chiudere il suo fondo », dice l'art. 647. Tale facoltà è una conseguenza del diritto di proprietà, diritto assoluto e perciò anche esclusivo; ora, il solo mezzo per escludere i terzi da un fondo che ci appartiene è di circondarlo di una cinta. Si domanda come mai gli autori del codice abbiano voluto collocare fra le servitù un diritto che non è se non l'esercizio della proprietà, la quale esclude ogni idea di servitù. Non vi è neppure una obbligazione di vicinato, come nel caso di regolamento di confini, poichè chi cinge il proprio fondo nulla domanda al suo vicino. Se il legislatore ha creduto di dover consacrare un diritto che scaturisce naturalmente dalla proprietà, e se lo ha fatto nel titolo della *Servitù,*

---

(1) Demolombe, t. XI, p. 312, n. 281; Pardessus, t. I, p. 313, n. 124, sembra che dicano il contrario. Confronta Aubry e Rau, t. III, p. 227 e nota 30.

(2) Tutti sono d'accordo su questo punto. Vedi le autorità citate da Dalloz alla parola *Bornage,* n. 54, e da Aubry e Rau, t. II, p. 228, nota 31.

gli è perchè prima dell'89, questo diritto naturale, come tanti altri, era disconosciuto. Secondo qualche consuetudine, non si poteva circondare il proprio terreno di siepi e di fossati senza il permesso del signore; era una vera servitù introdotta dal feudalismo per assicurare ai proprietari dominanti il piacere della caccia; i re medesimi sacrificavano ai loro capricci la proprietà dei cittadini, la quale non dovrebbe cedere se non innanzi alla pubblica utilità (1). Questi privilegi odiosi furono aboliti nella famosa notte del 4 agosto: la legge del 6 ottobre 1791, conosciuta sotto il nome di codice rurale, proclama « che il diritto di chiudere ed aprire i propri fondi risulta essenzialmente da quello di proprietà, e non può essere contestato ad alcun proprietario » (titolo I, sezione IV, articolo 1.°). Vi erano inoltre servitù comunali, di pascolo reciproco e di pascolo dopo raccolte le messi, che ostacolavano il diritto di chiudere i fondi. L'Assemblea nazionale abrogò tutte le leggi e consuetudini che ponevano inciampi a questo diritto: sono le espressioni del codice rurale. Gli autori del codice civile hanno riprodotti questi principii, di guisa che può dirsi che, lungi dal costituire una servitù, l'art. 647 conserva l'abolizione delle servitù feudali e delle altre che apportavano restrizioni al diritto di proprietà (2).

441. Dopo aver dichiarato che ogni proprietario può chiudere il proprio fondo, l'art. 647 aggiunge: « salvo l'eccezione scritta nell'articolo 682 ». Quest'articolo stabilisce una servitù di passaggio a profitto del proprietario, i cui fondi son d'ogni parte interclusi, sui fondi dei suoi vicini. Dovendo costoro sopportare il passaggio, non possono naturalmente chiudere il fondo pel quale il proprietario interchiuso ha il diritto di passare. Ciò che il codice dice del passaggio, in caso d'interchiusura, è vero di qualunque servitù di passaggio; l'articolo 647 non fa che applicare un principio generale, secondo cui il proprietario del fondo serviente nulla può fare che diminuisca l'uso della servitù; molto meno ancora ne potrà impedire l'esercizio (articolo 701). La servitù di passaggio può togliere al proprietario debitore della servitù la facoltà di chiudere il proprio fondo, sia in modo assoluto, sia in modo relativo; ciò dipende dalle stipulazioni delle parti. È stato deciso che il proprietario del fondo serviente non può stabilirvi delle barriere chiudentisi col mezzo di una chiave che egli rimette al proprietario del fondo dominante, perchè ciò renderebbe più incomodo l'uso della servitù e ne scemerebbe l'utilità: con ciò infatti si obbliga chi ha diritto al passaggio ad essere sempre munito di una chiave sotto pena di non poter passare, il che, nella specie, modificava la servitù, come era stata co-

(1) Vedi l'ordinanza del 1669, tit. XXX, art. 24. TOULLIER, t. II, p. 66, n. 159.
(2) PARDESSUS, t. I, p. 321, n. 131.

stituita e praticata, rendendone più difficile l'esercizio (1). Al contrario la Corte di Bordeaux ha deciso che non si ostacolava la servitù stabilendo una sbarra che si aprisse e chiudesse facilmente, senza uopo di serratura, nè di catenacci, nè di altri ordigni del genere; che era dunque il caso di applicare il principio che permette al proprietario del fondo serviente di fare le opere necessarie per rendere la servitù meno gravosa, se non impediscono al proprietario del fondo dominante di usarne comodamente secondo il suo titolo (2). Noi ritorneremo ancora sulla questione (3).

442. Può esservi ancora eccezione al diritto di chiudere il fondo in caso di comunione. Il proprietario di una cosa indivisa non ha più il diritto di esclusività di cui gode il proprietario unico ed assoluto; egli non può quindi invocare l'art. 647; il suo diritto è regolato dai principii che governano la comunione. Ora, se ciascun comunista può godere della cosa comune secondo la destinazione di essa, è principio altresì che il godimento dell'uno non può ostacolare l'egual diritto dell'altro. Spetta al giudice, in caso di contestazione, decidere se il diritto di uno dei comunisti possa conciliarsi con quello degli altri. In applicazione di questi principii, la Corte di Metz ha deciso che il proprietario di un cortile non può chiuderlo se gl'inconvenienti che da tal chiusura risulterebbero a danno degli altri comunisti oltrepassino i vantaggi che egli medesimo ne ritrarrebbe (4).

§ II. — *Del pascolo dopo la raccolta delle messi e del pascolo reciproco.*

N. 1. — In quali casi queste servitù sono conservate.

443. A termini dell'articolo 648, il proprietario che vuol fare una cinta al suo fondo perde il diritto di mandare a pascolare le sue bestie nell'altrui terreno dopo la raccolta delle messi e quello del pascolo reciproco. Entrambi questi diritti sono servitù rurali conservate dalla legge del 6 ottobre 1791. Esse concernono il diritto di far pascolare le bestie sul territorio d'un altro; quando questo diritto è esercitato da un privato sovra un fondo appartenente ad un altro proprietario, si chiama diritto di *pascolo* (*pacage*), servitù discontinua la quale non può

---

(1) Sentenza di rigetto del 28 giugno 1853 (Dalloz, 1853, 1, 308).
(2) Bordeaux, 4 maggio 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 844). Confronta sentenza di rigetto del 31 dicembre 1839 (Dalloz, *ibid.*, n. 382).
(3) Vedi il t. VIII dei miei *Principii*, n. 273.
(4) Metz, 6 febbraio 1857 (Dalloz, 1857, 2, 196).

essere acquistata che per titolo. Nell'antico diritto, questa servitù si era stabilita coll'uso a profitto degli abitanti di un comune, che godevano della facoltà di far pascolare le loro bestie sui fondi spogliati di frutta; è ciò che dicevasi *vaine pâture.* Quando il diritto era reciproco fra due comuni, prendeva il nome di *parcours* o di *entre-cours,* o di *marchage* (1).

Si domanda se il pascolo reciproco e il pascolo dopo la raccolta siano vere servitù. Nell'antico diritto, l'affermativa era insegnata per l'ultimo; esso è infatti della medesima natura del diritto di pascolo, che incontestabilmente è una servitù; tuttavia lo si qualificava altresì talvolta come *comproprietà* (2). La legge del 1791 dà il nome di servitù al pascolo reciproco ed al pascolo dopo la raccolta, ed il codice civile consacra implicitamente la stessa dottrina, poichè conserva a questi diritti la definizione del codice rurale. Si obbietta che non vi è servitù senza un fondo dominante ed un fondo serviente; ora, nella specie, si dice, nessun fondo è dominante o serviente, tutti sono egualmente gravati; per conseguenza vi è piuttosto comunione di pascolo anzichè servitù. Ciò non è esatto. È certo che il pascolo dopo le raccolte, apporta una restrizione al diritto di proprietà; vi sono dunque fondi servienti; nell'interesse di chi? A favore dei fondi i cui proprietari hanno il diritto di far pascolare il loro bestiame: ecco veramente dei fondi dominanti. Vi è perciò servitù. Che importa che sia reciproca? La reciprocità non impedisce che nel contempo vi sia un diritto ed un onere (3). Quanto all'idea di *comproprietà,* essa ci sembra del tutto inesatta. La Corte di cassazione tuttavia l'ha riprodotta dicendo che il pascolo dopo la raccolta ed il pascolo reciproco sono una società e una comunione tacite di pascolo; ma la sentenza aggiunge che l'una e l'altra modificano il diritto assoluto di proprietà (4). Questa restrizione proviene non dal perchè gli abitanti del comune sono comproprietari, chè evidentemente non lo sono; al contrario essa implica una semplice servitù. Non è una disputa di parole; noi abbiamo detto altrove quali sono le differenze tra la servitù e la comproprietà (5).

444. Già prima dell'89, l'utilità di queste servitù era contestata; gli agricoltori reclamavano fa facoltà di mettere i loro

---

(1) Pardessus, t. 1, p. 322, n. 132. Demolombe, t. XI, p. 315, n. 286. Aubry e Rau, t. II, p. 176, nota 18 e p. 177, nota 22.

(2) Editto del mese di maggio 1771, in Merlin, *Questions de droit,* alla parola *Vaine Pâture,* § I (t. XVI, pag. 325), e *Répertoire,* alla medesima parola, § I (t. XXXV, p. 456).

(3) Confronta Dalloz, alla parola *Droit rural,* n. 30, ed alla parola *Servitude,* n. 934.

(4) Sentenza di cassazione della sezione criminale del 16 dicembre 1841 (Dalloz, alla parola *Droit rural,* n. 30).

(5) Vedi retro, n. 162 e seg.

fondi al sicuro dal pascolo facendoli cingere; i re cederono a questo voto, con gran vantaggio dell'agricoltura, com'è constatato dall'editto del maggio 1771. Era un primo passo verso l'abolizione di queste antiche servitù; se il legislatore del 1791 le conservò, fu perchè gli spiaceva di andar contro a vecchie abitudini; ma le modificò profondamente, salvo ad abolirle più tardi. Si legge nel titolo I, sezione IV, articolo 2: « la servitù reciproca di parrocchia a parrocchia conosciuta sotto il nome di *parcours,* e che apporta seco il diritto di *vaine pâture,* continuerà ad aver luogo *provvisoriamente* ». Ma la legge aggiunge delle restrizioni; essa non conserva che le servitù fondate sopra un titolo o sopra un possesso autorizzato dalle leggi e dalle consuetudini; sotto tutti gli altri aspetti, prescrive l'art. 2, sono abolite. Anche le servitù che il codice rurale ha creduto di dover conservare sono abolite nella loro essenza; poichè è permesso ad ogni proprietario di liberarsi dal pascolo dopo le messi, cingendo i suoi fondi. L'esercizio di questo diritto dà luogo a serie difficoltà

N. 2. — Del diritto di chiudere i fondi

445. L'articolo 4 della sezione IV è così concepito: « Il diritto di pascolo reciproco e il semplice diritto di pascolo dopo le messi, non potranno, in *nessun caso,* impedire ai proprietari di cingere i loro fondi ». I fondi così rinchiusi cessano di essere per l'avvenire soggetti all'una ed all'altra di tali servitù. Avremo occasione di ritornare sopra quest'ultimo punto. É fuori di dubbio che i proprietari possono affrancarsi da queste servitù, quando sono fondate sovra un possesso autorizzato dalle leggi o dalle consuetudini. Ma l'articolo 4 s'applica altresì al caso in cui la servitù è costituita mediante titolo? Non esitiamo a rispondere affermativamente. L'articolo 5 posto in rapporto con l'articolo 2 è talmente esplicito che, se non vi fossero altre disposizioni, si stupirebbe che la questione abbia potuto dar luogo a così lunga discussione. Quali sono le servitù di pascolo conservate dal codice rurale? L'articolo 2 risponde: « Quelle che sono autorizzate dalle leggi e dalle consuetudini; tutte le altre sono abolite ». E che dice l'articolo 5? *In nessun caso* i diritti di pascolo reciproco e di pascolo dopo raccolte le messi potranno impedire ai proprietari di chiuder i loro fondi. É lecito forse di domandare in quali casi i proprietari possono cingere i propri fondi, allorchè la legge dichiara formalmente che lo possono *in tutti i casi?* Essi trovano enumerati nell'articolo 2; fra loro vi ha pur quello in cui la servitù è stabilita per *titolo.* Dunque il testo decide la questione. Invano si obbietta che ciò è contrario ad ogni principio: i titoli, si dice, sono convenzioni, ed i contratti formano la legge delle parti contraenti, legge da cui esse non possono

dipartirsi. Noi rinviamo la obbiezione al legislatore: quando egli ha parlato, all'interprete non rimane che obbedire alla legge, salvo ad investigare i motivi che la dettarono. E non è difficile giustificare la legge del 91. Che cosa intende il codice rurale colla parola *titoli?* Sono forse veri *contratti* intervenuti tra gli abitanti di uno o più comuni, coi quali gravano i loro fondi di una servitù? Dubitiamo assai che esista un simile contratto. Non è per via di convenzione espressa che si stabilirono il pascolo reciproco e quello dopo raccolte le messi; ma si sono introdotti coll'uso, ed i titoli non fanno che constatare ciò che l'uso ha creato. Aggiungiamo che si tratta di servitù reciproche, fondate sovra un interesse comune; essendo ciascun abitante nel contempo debitore e creditore, ciò che guadagna come debitore quando chiude il suo fondo, lo perde come creditore; non vi è dunque attentato ad un contratto, bensì un migliore accordo di interessi comuni (1).

446. La controversia ha avuto origine da ciò che si confuse il caso previsto dall'art. 5, secondo il quale ciascuno può affrancarsi dalle servitù di pascolo dopo le messi, ancorchè fossero stabilite per titolo, colle servitù di pascolo di cui niuno può liberarsi quando sono costituite da un titolo. Tale è anzitutto il caso previsto dall'art. 7, a termini del quale « la chiusura affranca del pari dal diritto di pascolo dopo le messi reciproco o non reciproco *tra privati, se questo diritto non è fondato sopra un titolo* ». Ecco un'eccezione al diritto di chiusura che il legislatore del 1791 aveva proclamato in termini solenni. Ma l'eccezione è ristretta alle relazioni che intercedono tra due o più privati i quali gravano i loro fondi di una servitù di pascolo. A vero dire, è una servitù di *pacage,* servitù essenzialmente convenzionale, stabilita il più delle volte a titolo oneroso, mediante un prezzo; la legge rispetta queste convenzioni, ma siccome sono avvenute in tempi da noi lontani quando l'agricoltura era ancora bambina, così il legislatore permette di riscattare questi diritti onerosi. Il diritto di riscatto, che il codice rurale accorda non ostante l'esistenza d'un titolo, conferma l'interpretazione da noi data all'art. 5. Se, nel caso d'una servitù comunale stabilita per titolo, il legislatore non avesse ammessa la chiusura, avrebbe certamente consentito il riscatto; tuttavia nell'art. 5 non ne parla: gli è che questa disposizione attribuisce un diritto più esteso, quello d'affrancarsi dalla servitù mediante la chiusura del fondo.

L'eccezione ammessa dall'art. 7 troverebbe ancora applicazione se la servitù di pascolo fosse stabilita sovra un fondo privato a vantaggio d'un comune. Non si tratta più allora della *vaine pâture* definita dal codice rurale, dalla quale esso permette di

---

(1) DEMOLOMBE, t. XI, p. 319, n. 288 e le autorità che cita. AUBRY e RAU, t. II, p. 176, nota 19.

affrancarsi in tutti i casi mediante la chiusura del fondo, non siamo dunque nell'ipotesi dell'art. 5. È vero che l'art. 7 suppone che la convenzione sia intervenuta tra *privati;* ma con questa parola la legge intende *proprietari,* dunque altresì un comune che stipula in nome degli abitanti. Il motivo di decidere è che la servitù è realmente convenzionale, ed il legislatore rispetta le convenzioni, salvo il diritto di riscatto consacrato dall'articolo 8 (1).

447. Vi è una seconda eccezione che riflette le praterie. Qui sta la vera difficoltà, ed è assai seria, checchè ne dica Demolombe (2). Uno dei nostri grandi giureconsulti, Merlin, ha potuto su questo terreno cadere in errore, come egli stesso confessa. L'art. 10 comincia col dire che « dappertutto ove le praterie naturali sono soggette al pascolo reciproco ed a quello dopo le messi, tali servitù non potranno esercitarsi provvisoriamente che nel tempo autorizzato dalle leggi e dalle consuetudini, e mai finchè la prima erba non sarà raccolta ». Indi l'art. 11 aggiunge: « Il diritto che spetta ad ogni proprietario di chiudere i suoi fondi ha luogo, anche in rapporto alle praterie, nelle parrocchie in cui, *senza titolo di proprietà e soltanto per l'uso,* divengono comuni a tutti gli abitanti, sia immediatamente dopo la raccolta della prima erba, sia in ogni altro tempo determinato ». Nel caso dunque dell'art. 11, i proprietari non hanno diritto di chiudere i loro fondi quando gli abitanti hanno un *titolo di proprietà.* Ciò che la legge dice nell'art. 11, non si deve dirlo di *qualunque diritto di pascolo dopo le raccolte* fondato sopra un *titolo?* Si dirà che l'art. 11 deve servire ad interpretare gli articoli 3 e 5? Lo si pretende, appoggiandosi sulla dottrina che abbiamo combattuta (n. 445) e secondo la quale il *titolo* fa sempre ostacolo al diritto di chiudere il fondo. Che risulta da questa interpretazione? Che l'art. 11 derogherebbe realmente all'art. 5. L'art. 5, combinato coll'art. 2, dice: I proprietari possono chiudere i loro fondi, ancorchè il diritto di *vaine pâture* sia fondato sopra un *titolo.* E l'art. 11 direbbe: I proprietari non hanno il diritto di chiudere i loro fondi quando gli abitanti hanno un titolo. Ciò non è ammissibile. Merlin ha ragione: il legislatore non può dire il pro ed il contro in una sola e medesima legge, affermando nell'art. 5 quanto nega nell'art. 11.

Ma se l'art. 11 non impedisce ai proprietari di chiudere i loro fondi ancorchè il *pascolo dopo le raccolte* sia basato sopra un *titolo,* qual'è dunque il caso in cui, secondo questa disposizione, l'esistenza del titolo forma ostacolo alla chiusura? Ecco la vera

---

(1) Sentenza di cassazione del 15 dicembre 1808 (Dalloz, alla parola *Droit rural,* n. 67). Demante, t. II, p. 593, n. 502 *bis,* 1.

(2) Demolombe, t. II, p. 321, n. 228, si stupisce che Merlin abbia mutato opinione in causa dell'art. 11.

difficoltà. Merlin interpreta la legge del 1791 coll'editto del 1771. È certo che il legislatore del 1791 non ha fatto che applicare a tutta la Francia l'editto del 1771, il quale era stato emanato per talune provincie soltanto. Ora, che dice l'editto? Si legge nel preambolo che scopo del medesimo è stato di far cessare gli ostacoli che restringevano agli abitanti dell'Hainaut e della Fiandra la libertà naturale di godere dei loro possessi, abolendo tutti gli abusi che il diritto di pascolo dopo le raccolte vi aveva introdotti, *senza nondimeno attentare ai diritti di proprietà legittima dei comuni*. Come potevasi rimediare agli abusi risultanti dal pascolo dopo le raccolte, senza attentare a diritti acquisiti e per conseguenza alla proprietà? L'editto distingue. Quando il *pascolo dopo la raccolta* costituisce una *servitù*, esso permette al proprietario di affrancarsene cingendo i fondi, « interpretando a quest'effetto, dice l'art. 2, tutte le leggi, consuetudini, usi e regolamenti in contrario e *derogandovi anche in quanto la necessità lo esiga* ». L'art. 6 applica il diritto di chiudere i fondi alle praterie gravate dal pascolo dopo le raccolte, indi viene l'art. 7, così concepito: « Non intendiamo tuttavia, colle disposizioni dell'articolo precedente, nuocere nè pregiudicare ai diritti, che alcuno di questi comuni potrebbe avere *sulla proprietà delle dette praterie*, e *che essi fossero* in istato di poter giustificare con *titoli validi* ». Tale articolo è stato riprodotto dall'art. 11 che abbiamo trascritto; deve essere dunque inteso nel medesimo senso, vale a dire relativamente al caso in cui gli abitanti invocano, non la servitù di pascolo dopo le raccolte, essendo questa ipotesi regolata dagli articoli 2 e 5, ma del caso in cui essi reclamano la *proprietà* delle praterie; gli è perciò che il testo esige un *titolo di proprietà* per impedire l'esercizio del diritto di chiudere il fondo. In conclusione, l'art. 11, al pari dell'editto, suppone che gli abitanti abbiano un diritto di *comproprietà* sulla *seconda erba delle praterie* (1).

L'interpretazione proposta da Merlin non è stata ammessa dalla Corte di cassazione. Essa si fonda sopra una distinzione fra il diritto di *servitù* e la *proprietà*, distinzione che non è scritta nè nella legge nè nell'editto del 1771 (2). Infatti la *servitù* attribuisce un diritto tanto all'erba quanto alla *proprietà;* non è forse la servitù un diritto reale, uno smembramento della proprietà, per conseguenza una proprietà? E dove sarebbe la ragione di questa distinzione tra il pascolo fondato sopra una *servitù* ed il pascolo fondato sopra una *comproprietà?* Il legislatore, il quale dichiara che vuol rispettati i diritti di proprietà

(1) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Vaine Pâture*, § I. Confronta DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 187, n. 279. MERLIN dice nel suo *Répertoire* ch'egli si è ingannato (alla parola *Vaine Pâture*, § 1, art. 2, n. 2).

(2) AUBRY e RAU, t. II, p. 178, nota 23.

legittima, può forse attentare piuttosto ad una *servitù* acquisita con *titolo legittimo* che ad una *proprietà?* Se il legislatore voleva conservare i diritti acquisiti in materia di pascolo dopo le raccolte, doveva conservare tanto le servitù costituite per titolo quanto la proprietà. L'interpretazione di Merlin crea un'invincibile antinomia tra l'art. 11 e gli articoli 2 e 5.

448. Se non è questo il senso dell'art. 11, quale sarà dunque il suo vero significato? Per afferrarlo, bisogna raffrontare i termini dell'art. 11 con quelli dell'art. 5. Quest'ultima disposizione non è così generale ed assoluta quanto si pretende. La legge non dice che i proprietari possono affrancarsi da qualunque pascolo dopo le raccolte usando del diritto di chiudere i fondi, ma dice che il *semplice* diritto di pascolo dopo le raccolte non può in nessun caso impedire ai proprietari di chiudere i loro fondi. Ecco una restrizione. L'art. 5 non si applica che al *semplice diritto* di pascolo dopo le raccolte, il che include esservi un altro caso di pascolo dopo le raccolte, in cui il diritto di chiudere i fondi non riceve più applicazione. Qual'è questo caso? Quello preveduto dall'art. 11. Questo articolo suppone che le praterie divengano comuni a tutti gli abitanti dopo la raccolta della prima erba. Questo non è più un semplice diritto di pascolo dopo le raccolte; infatti il pascolo dopo le raccolte; suppone terreni in cui non vi sono nè sementi nè frutta (1); esso non si esercita che allorquando la raccolta è compiuta; ora, le praterie danno due raccolte, anche nei nostri climi; donde la distinzione delle due erbe, la prima che dicesi fieno e la seconda, cui nel linguaggio volgare, si dà il nome di guaime. Dunque, nella sua applicazione alle praterie, il *pascolo dopo le raccolte* suppone che la raccolta delle *due erbe* abbia avuto luogo; allora vi è un *semplice diritto* di *vaine pâture*. Che se gli abitanti di un comune hanno il diritto di pascolo nelle praterie dopo la prima erba, come dice l'art. 11, allora tale facoltà è molto più considerevole, poichè si esercita sulla seconda raccolta, quella del guaime, la quale talvolta è più vantaggiosa della prima, quando la bella stagione è stata secca, mentre gli ultimi mesi d'estate ed il principio d'autunno sono, generalmente, piovosi.

Si comprenderà ora la differenza fatta dalla legge, pel diritto di chiudere i fondi, tra il caso dell'art. 11 ed il caso dell'art. 5. Quando si tratta di un semplice diritto di pascolo dopo le raccolte, questo si esercita dopo che son fatte tutte le raccolte, il proprietario non ha quasi alcun interesse ad opporvisi, ed è questa mancanza d'interesse che ne ha appunto introdotto l'uso. Ancorchè siavi un titolo, la legge non fa che constatare l'uso e la mancanza d'interesse ad opporvisi. Si concepisce dunque che il legislatore permetta ai proprietari di affrancarsi da questo

(1) MERLIN, *Répertoire*, alla parola *Vaine pâture* (t. XXXV, p. 455).

pascolo dopo le raccolte cingendo i loro fondi con una chiusura. Egli non toglie un diritto acquisito, non viola la proprietà, neppure in presenza del titolo. Ed invero, che è questo titolo? Il proprietario consente a che gli abitanti facciano pascere le loro bestie su fondi spogliati dalle loro raccolte, su fondi aperti: se fossero stati chiusi, non vi sarebbe stata mai questione di pascolo dopo le raccolte. Il consenso a tale facoltà implica dunque che i fondi non sono chiusi e che il proprietario non ha alcun interesse a chiuderli. Dove appena questo interesse sorga, egli deve avere il diritto di provvedere alla chiusura, dacchè egli non aveva consentito di lasciarli al pascolo dopo la raccolta che sotto la condizione tacita della mancanza d'interesse.

Ben diversa è la condizione del proprietario che concede sulle sue praterie l'esercizio del pascolo dopo la raccolta della prima erba. Egli potrebbe fare una nuova raccolta e vi rinuncia in favore degli abitanti del comune. È l'abdicazione di un diritto ai frutti, l'abdicazione di un diritto di proprietà. Questa rinuncia può forse esser presunta? No, certamente, perchè non si presume mai che taluno rinunci al proprio diritto. Se il proprietario lo fa, ciò avrà luogo a titolo oneroso; vi è dunque una vera convenzione, che attribuisce un diritto agli abitanti sovra una parte dei frutti. Ecco ciò che l'art. 11 chiama un *titolo di proprietà*. Questo titolo il legislatore deve rispettarlo, e lo rispetta. Ma se gli abitanti non hanno titolo, se non invocano che un uso antico, il legislatore permette al proprietario di affrancarsene e di chiudere il suo fondo; perchè? Pel motivo che questo uso non è che l'effetto della tolleranza, e la tolleranza non conferisce alcun diritto. È un atto di benevolenza, di generosità, che si rinnova o no, secondo che il proprietario lo voglia. Dal momento che vuol chiudere il suo fondo, egli ne ha il diritto (1).

449. Vi è dunque una specie di pascolo dopo le raccolte che ammette il diritto di chiudere il fondo; ed un'altra che non lo consente. Come distinguere il *semplice diritto di pascolo dopo le raccolte* che permette ai proprietari di chiudere i loro fondi, ancorchè fosse fondato sopra un titolo, ed il *pascolo dopo le raccolte* dell'art. 11 il quale, quando è basato sopra un titolo, esclude la chiusura? Noi abbiamo tentato di stabilire un principio; ma l'applicazione non è scevra di difficoltà. Se prestiamo fede alla giurisprudenza delle Corti del Belgio, la questione sarebbe di fatto, lasciata, come tale, al criterio del magistrato

---

(1) Sentenza di rigetto del 13 fruttidoro anno IX (DALLOZ, alla parola *Droit rural*, n. 66). Vi è un gran numero di sentenze delle Corti del Belgio che consacrano implicitamente questa dottrina: Bruxelles, 18 dicembre 1822 (*Pasicrisie*, 1822, p. 304) e 1.° aprile 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 65); Liegi 23 marzo 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 60).

Che cosa è il pascolo dopo le raccolte? La legge del 1791, si dice, lo conserva, ma non lo definisce; e neppure il codice. Ecco ciò che leggiamo nel codice rurale (titolo I, sezione IV, art. 3): « Il diritto di pascolo dopo la raccolta in una parrocchia, accompagnato o no dalla servitù del pascolo reciproco, non potrà esistere che nei luoghi in cui è fondato sopra un titolo particolare, ovvero autorizzato dalla legge o da un uso locale immemorabile, ed a condizione che il pascolo dopo le raccolte non vi sarà esercitato che in conformità alle regole ed usanze locali che non si trovino in opposizione colle riserve contenute negli articoli seguenti ». Quando vi è un titolo, questo formerà la legge delle parti, e per conseguenza anche dei tribunali; ii titolo deciderà se si tratta di un diritto sulle seconde erbe che non ammette quello di chiudere il fondo, o se trattasi di un semplice diritto di pascolo dopo le raccolte che permette ai proprietari di valersi di quella facoltà. Se non vi è titolo, come si distingueranno queste due specie di pascolo dopo le raccolte? È una questione di fatto, si dice, perchè nessuna legge definisce il pascolo dopo la raccolta; donde segue che i tribunali decidono in questa materia sovranamente, e le loro decisioni sfuggono al controllo della Corte di cassazione (1). Noi non crediamo che la definizione del pascolo dopo la raccolta sia una questione di fatto. L'art. 11, ch'è la vera sede della difficoltà, definisce chiaramente il pascolo dopo la raccolta che esclude il diritto di chiudere il fondo: quando cioè le praterie divengono comuni agli abitanti dopo la raccolta della prima erba, in virtù di un titolo di proprietà; mentre vi è semplice diritto di pascolo dopo la raccolta, nel senso dell'art. 5, quando, in conformità alle antiche consuetudini, il pascolo si esercita sui terreni e sulle praterie spogliate dalle loro raccolte. Noi diciamo in conformità alle consuetudini. Non si può dire che queste siano abolite dal codice Napoleone; poichè l'art. 648, che conserva le servitù di pascolo reciproco e di pascolo dopo la raccolta, mantiene in vigore, per lo stesso motivo la legge del 1791; ora, questa legge dice che il pascolo dopo la raccolta *continuerà* a sussistere (art. 2), dunque come esisteva nell'antico diritto; e l'art. 3 aggiungendo che sarà esercitata *conforme alle regole ed usanze locali*, conserva alle consuetudini la loro forza in questa materia. Vi sono dunque consuetudini, aventi forza di legge, che definiscono il pascolo dopo la raccolta; le si possono riscontrare nel *Repertorio* di Merlin. Esiste quindi una definizione legale del pascolo dopo la raccolta: noi l'abbiamo ricordata più sopra. Vedremo che la Corte di cassazione del Belgio non è rimasta fedele alla sua dottrina; essa

(1) Sentenza di Bruxelles del 9 dicembre 1829, Camera di cassazione (*Pasicrisie*, 1829, p. 318). Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio del 1.° maggio 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1, 378).

ha cassata una sentenza la quale decideva che non vi era pascolo dopo la raccolta nel senso dell'art. 5. Ciò significa che vi sono nella materia, vere questioni di diritto, e queste danno pur luogo a molteplici dubbi.

450. Vi è un semplice diritto di pascolo dopo la raccolta quando gli abitanti hanno facoltà di vendere la seconda erba? Il tribunale di Louvain, giudicando in grado d'appello sopra un'azione possessoria, decise che eravi pascolo dopo la raccolta, perciò un godimento precario, non suscettibile di prescrizione, nè di manutenzione. Prodotto ricorso, intervenne la sentenza che abbiamo combattuta; essendo la questione di fatto, dice la Cassazione, essa sfugge al controllo della Corte Suprema. Ci sembra che tanto il tribunale quanto la Corte abbiano mal giudicato. Nella specie, si trattava di un diritto di pascolo esercitato sovra un fondo particolare, e non sopra tutti i fondi del Comune, il che già esclude l'idea di un pascolo dopo le raccolte, il quale implica un godimento reciproco di tutti gli abitanti sovra tutti i fondi. E qual era il carattere del diritto in questione? Esso non consisteva solamente nel pascolo, ma attribuiva al Comune il diritto di vendere la seconda erba. Ecco più che una servitù, una proprietà, poichè il solo proprietario ha il diritto di vendere. Non si può dire che la proprietà sia un atto di tolleranza, un godimento a titolo precario. Un proprietario permette forse agli abitanti di vendere la seconda erba della quale egli stesso avesse facoltà di disporre? Lo permette a titolo di tolleranza? Siamo fuori del testo come dello spirito della legge (1).

Ciò non vuol dire che il diritto di pascolo cessi di essere un pascolo dopo la raccolta sol perchè coloro che lo esercitano hanno facoltà di vendere le seconde erbe. Per determinare la natura di un diritto occorre esaminare ciò che esso è nella sua essenza. Se gli abitanti di un Comune hanno il diritto di pascolo in tutti i prati dopo la prima erba, questo diritto è un vero pascolo dopo la raccolta, ancorchè di fatto il Comune vendesse le seconde erbe in luogo di concederle al pascolo; la vendita delle erbe non è in questo caso che un modo di esercitare il diritto; chi ha il diritto di consumare le erbe ha per lo stesso motivo quello di venderle, almeno se tale è l'uso, poichè è il possesso che determina il modo di esercitare le servitù. In questa ipotesi, il pascolo rimarrà pascolo dopo la raccolta e per conseguenza i proprietari avranno il diritto di chiudere i loro fondi, salvo che non esista un titolo che attribuisca il diritto alle seconde erbe.

451. Vi è un'altra questione sulla quale la giurisprudenza à scissa. Il pascolo è esercitato a data fissa, il 24 giugno a mez-

(1) Confronta la memoria degli attori in cassazione, firmata da D'Elhougne, padre e figlio e Dedryver (*Pasicrisie*, 1840, 1, 379). In senso contrario, Bruxelles, 14 agosto 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 325, e 25 gennaio 1845 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 60).

zogiorno, nei prati appartenenti ad un proprietario, ancorchè il fieno non fosse falciato nè trasportato via. Da ciò la Corte di Liegi ha conchiuso che questo pascolo non fosse un pascolo dopo la raccolta, ma un pascolo grasso e vivo. Donde seguirebbe che non si sarebbe nel caso della servitù comunale conservata sotto talune restrizioni dalla legge del 1791, ma in quello di una servitù di pascolo, e per conseguenza il proprietario non potrebbe affrancarsene col chiudere il suo fondo. Ciò che dà un gran peso a questa decisione, è che il pascolo in questione non esercitavasi sulla generalità dei prati del Comune, ma solamente su taluni prati, detti *prati di S. Giovanni*. Questa circostanza, a nostro parere, è decisiva per ciò che si riferisce al diritto di chiudere il fondo. A termini dell'art. 648, il proprietario che voglia chiudere il fondo perde il suo diritto al pascolo reciproco ed a quello dopo le raccolte, proporzionatamente al terreno che ha sottratto. Ciò suppone che il pascolo dopo le raccolte sia un servitù generale e reciproca. Dal momento dunque ch'è particolare e determinata a taluni fondi, non vi è più pascolo dopo la raccolta. Per conseguenza si rientra nel diritto comune che regola le servitù. Nella specie, si trattava di sapere se questo diritto potesse acquistarsi mediante la prescrizione; siccome i fatti di possesso risalivano ad un'epoca anteriore al codice civile, la Corte di Liegi decise che il Comune aveva acquisito con la prescrizione immemorabile il diritto di pascolo che eragli contestato (1).

Una seconda sentenza della Corte di Liegi, resa nel medesimo senso, fu deferita alla Corte di cassazione e cassata. Vi è una ragione di dubbio. L'editto del 1771 considera come pascolo dopo le raccolte tanto quello esercitato sopra una parte soltanto delle praterie di un Comune, quanto quello che si esercita sulla generalità delle praterie; esso non fa eccezione al diritto di chiudere i fondi se non quando il Comune giustifica con titoli validi che ha diritto alla proprietà delle praterie (art. 6) (2). La legge del 1791, è vero, non riproduce questa disposizione, ma l'art. 11, che conserva il diritto sulle seconde erbe, è concepito in termini generici; esso non distingue se il pascolo è particolare o generale. Il che sembra decidere la questione. Nondimeno ci schieriamo col parere della Corte di Liegi. L'art. 11 esclude il pascolo il quale non si esercita che su talune praterie; infatti, esso suppone che « le praterie divengano comuni a tutti gli abitanti ». Il che implica che tutte le praterie sono comuni. L'art. 10 è concepito nel medesimo senso. Quando un proprietario ha cinto il suo fondo, il suo diritto di pascolo viene

---

(1) Liegi, 23 marzo 1848 (*Pasicisie*, 1848, 2, 176) e 16 gennaio 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 53). Confronta Liegi, 2 aprile 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 96) e 3 febbraio 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 221).

(2) MERLIN, *Questions de droit*, alla parola *Vaine pâture*, § 1 (t. XVI, p. 325).

ristretto in proporzione: è questa la disposizione dell'art. 648 del codice civile, e tanto il testo quanto lo spirito di queste leggi provano, come abbiamo già detto, che il diritto di chiudere i fondi non può essere esercitato che da colui il quale, chiudendo la sua proprietà, perde il suo diritto di pascolo sulle altre; mentre che, nella dottrina consacrata dalla Corte di cassazione, quegli le cui praterie fossero gravate da un diritto di pascolo dopo le raccolte, senza titolo, potrebbe chiudere il suo fondo senza nulla perdere.

La Corte di cassazione ha ragione in un punto. Ciò che sopratutto sembra aver determinato la Corte di Liegi, è che il pascolo potendo esercitarsi innanzi alla raccolta della prima erba, costituiva un pascolo grasso o vivo, vale a dire una servitù di pascolo. Ciò non è esatto. Infatti, quando il pascolo si esercitava a giornate ed ore fisse, il 24 giugno a mezzogiorno, gli è perchè supponevasi che al prato di S. Giovanni la raccolta avesse già avuto luogo, come accade il più delle volte: è dunque solo accidentalmente che il pascolo veniva ad esercitarsi nelle praterie non falciate; ora non è sovra una circostanza accidentale che possiamo fondarci per caratterizzare un diritto (1). L'art. 10 della legge del 1791 ci sembra decisivo contro l'interpretazione ammessa dalla Corte di Liegi. « Dappertutto, esso dice, ove le praterie naturali sono soggette al pascolo reciproco ed a quello dopo le raccolte, questi non avranno luogo provvisoriamente che nel tempo autorizzato dalle leggi e dalle consuetudini, *nè mai finchè non sarà raccolta la prima erba* ». Il pascolo non cessava dunque di essere un pascolo dopo le raccolte, ancorchè si esercitasse innanzi al taglio della prima erba; soltanto era uno di quegli abusi che l'editto del 1771 aveva segnalati, e che il legislatore del 1791 volle sopprimere.

452. Rimane a sapersi che bisogna intendere per *titolo di proprietà:* è questa l'espressione di cui si vale il legislatore (articolo 11). Anche su questo punto la Corte di Liegi è in dissenso con la Corte di cassazione. Il titolo è forse un istrumento che constati la costituzione del diritto di servitù? Ovvero i comuni possono altresì invocare la prescrizione per restringere il diritto che reclamano i proprietari di chiudere i loro fondi? La Corte di cassazione respinge la prescrizione, mentre la Corte di Liegi ammette che la prescrizione possa aver forza di titolo. È certo che in teoria la Corte di Liegi ha ragione. *Titolo* è ogni fatto giuridico che ingenera un diritto; dunque la prescrizione è un titolo. Ma la difficoltà sta nella lettera del testo: forse che in materia di pascolo dopo

(1) Sentenza di cassazione del 26 dicembre 1851, resa sulle conclusioni contrarie dell'avvocato generale DÉLEBECQUE (*Pasicrisie*, 1852, 1, 257), e sul rinvio, Gand, 22 luglio 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 15).

le raccolte, la legge del 1791 intende per *titolo* ogni fatto giuridico, e specialmente la prescrizione? La parola *titolo* si trova negli articoli 2 e 11. L'articolo 2 conserva le servitù di pascolo reciproco e di pascolo dopo le raccolte, « quando sono fondate sovra un *titolo* o sopra un *possesso* autorizzato dalle leggi e dalle consuetudini ». Qui la parola *titolo* trovasi contrapposta alla parola *possesso;* è dunque difficile ammettere che comprenda un possesso qualunque. Il *possesso autorizzato dalle leggi e dalle consuetudini* si confonde con la prescrizione immemoriale; oggidì, e secondo il codice civile, non può più costituirsi pascolo dopo le raccolte mediante la prescrizione, essendo il pascolo una servitù discontinua. Occorre dunque un possesso anteriore al codice perchè vi sia pascolo dopo le raccolte. È ben questa una prescrizione immemorabile. A dire il vero, l'origine del pascolo dopo le raccolte si perde nella notte dei tempi ed è basata quasi sempre sul possesso. Dunque nell'articolo 2, la parola *titolo* non può significare il *possesso* nè per conseguenza la prescrizione.

Viene in seguito l'articolo 11, a termini del quale ogni proprietario ha il diritto di chiudere i suoi fondi nelle parrocchie in cui, *senza titolo e solamente in forza dell'uso,* le proprietà divengono comuni a tutti gli abitanti. Qui la parola *titolo* si contrappone alla parola *uso*. Che cosa è quest'*uso?* Non può essere che il *possesso autorizzato dalle leggi e dalle consuetudini,* di cui parla l'articolo 2, poichè all'infuori di questo possesso e dei titoli, il pascolo dopo le raccolte è abolito. Dunque la parola *uso* è sinonima di *possesso* o di *prescrizione*, e perciò la prescrizione non può essere compresa nell'espressione *titolo di proprietà.* Il che ci conduce alla dottrina consacrata dalla Corte di cassazione: i proprietari possono dunque affrancarsi dal pascolo dopo le raccolte, mediante la chiusura dei loro fondi, quando i comuni non invocano che il lungo possesso (1).

A primo aspetto, la legge, come l'interpreta la Corte di cassazione, sembra in opposizione coi principii generali di diritto. Infatti, su che è fondata la prescrizione? Essa suppone l'intervento di una convenzione di cui non può essere fornita la prova; in questo caso, implica la esistenza di un titolo. Ovvero essa presume il consenso di quegli contro il quale prescrivesi, il che conduce ad una convenzione tacita; dunque ancora un titolo; e questo titolo è anche più significativo di quanto lo sarebbe un atto, una scrittura, poichè suppone un consenso che si è perpetuato attraverso un lungo periodo di tempo. Perchè

(1) Liegi, 20 febbraio 1861 e sentenza di rigetto del 25 luglio 1862 (*Pasicrisie*. 1863, 1, 7).

dunque il legislatore del 91 non tien conto che dei titoli e permette ai proprietari di affrancarsi dal pascolo dopo le raccolte, quando è stabilito mediante il possesso, cioè col loro consenso tacito? Egli è pel motivo che, nella specie, il possesso non ha il carattere esclusivo che abitualmente lo distingue. Quando per la prima volta un proprietario ha concesso il pascolo sopra le sue praterie spogliate dai loro ricolti, lo ha fatto per tolleranza o per indifferenza; gli abitanti non hanno dunque potuto intendere di acquistare alcun diritto. Se questo stato di cose si prolunga e si perpetua, il legislatore conserva, per vero, il pascolo dopo le raccolte fondato su questo lungo possesso, ma non lo mette nel grado istesso della servitù acquisita per titolo, poichè suppone sempre nel possesso un elemento di tolleranza e per conseguenza di precarietà. Vi è ancora un'altra considerazione: l'articolo 11 si serve dei termini *titolo di proprietà*. Chi dice proprietà dice diritto particolare ed esclusivo sopra un obbietto determinato; il più delle volte il titolo non concerne che talune praterie, il che costituisce una servitù di pascolo. All'invece il possesso si estende su tutte le praterie di un comune, ciò che costituisce il vero pascolo dopo le raccolte.

453. L'articolo 11 è una disposizione eccezionale, in quanto permette al proprietario di un fondo gravato di servitù di affrancarsene, circondandolo da una chiusura. Qualunque eccezione deve essere interpretata rigorosamente; non si può dunque estendere il diritto di chiudere i fondi a servitù di pascolo che non fossero comprese nei termini della legge del 91. Il principio non è dubbio (1); la sua applicazione ha dato luogo ad una difficoltà che si è presentata nelle medesime circostanze, tanto in Francia quanto nel Belgio, il che fa supporre che si tratti di un uso antico che si è perpetuato attraverso i secoli. In tutti i casi sui quali i tribunali hanno dovuto statuire, le praterie erano interamente chiuse. Questo fatto basta già a porci all'infuori del codice rurale, poichè tutte le disposizioni della legge del 91 non hanno che uno scopo, cioè di attribuire ai proprietari il diritto di chiudere i loro fondi: il che implica fondi non chiusi. Ma ad un giorno fisso, il primo agosto per esempio, si praticava un'apertura alla cinta, dopo la raccolta delle prime erbe, affinchè gli abitanti potessero introdurvi le loro bestie e godere della seconda erba. Non è questo un diritto di pascolo su terreni aperti, dunque non è un pascolo dopo le raccolte, ma una servitù di pascolo. La Corte di cassazione di Francia ha deciso che questa servitù di pascolo aveva potuto stabilirsi mediante prescrizione. Infatti, anche nelle consuetudini in cui la servitù di uso non si acquistava per titolo, si riconosceva che potevasi prescrivere dal giorno in cui vi fosse

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 178 e nota 25, e gli autori che vi sono citati.

stata opposizione. Ora, la chiusura delle praterie dimostrava che il proprietario avea voluto affrancarsi dal pascolo dopo le raccolte; ma aveva incontrata una resistenza innanzi a cui era stato obbligato a cedere; ciascun anno, gli abitanti forzavano la chiusura; questa lotta terminò con una convenzione espressa o tacita che permise ai comuni di far pascere le loro bestie nelle praterie chiuse a partire da un giorno fisso. Qui il possesso implica dunque un titolo, il che non permette più al proprietario d'invocare il beneficio della legge del 91 (1).

In un'altra specie, il comune godeva di un diritto di pascolo dopo le raccolte sopra l'universalità del suo territorio; questo diritto cessava al 1.° aprile. Inoltre, aveva il diritto di far pascolare le bestie bovine ed equine in un luogo speciale, in primavera sino al 4 maggio, in estate dal 24 giugno al 6 luglio, in autunno sino alla levata del guaime. I proprietari non contestavano l'esistenza del diritto di pascolo, ma sostenevano che fosse una servitù di pascolo dopo le raccolte che non potevasi esercitare dopo il 1° marzo. La Corte di Colmar decise che questo diritto non era un pascolo dopo le raccolte, quantunque le praterie non fossero chiuse. Questa decisione è conforme all'opinione che abbiamo insegnata; dal punto di vista della giurisprudenza, essa è dubbia. La Corte di cassazione l'ha confermata (2).

É fuori di dubbio che la legge del 1791 cessa di essere applicabile quando il comune ha la comproprietà dei fondi gravati di un diritto di pascolo a suo profitto; poichè questa legge non concerne che le servitù di pascolo dopo le raccolte, e la comproprietà esclude qualunque idea di servitù. La difficoltà sta nel conoscere quando vi sia servitù, quando comproprietà. É stato deciso che vi ha comproprietà quando gli abitanti godono delle seconde erbe vendendole od affittandole per pubblica aggiudicazione. Noi abbiamo detto dianzi che, secondo l'opinione nostra, questo fatto, da solo, non è sufficiente, non costituendo esso se non un modo di esercitare il pascolo dopo le raccolte. Nella specie, questo godimento non poteva essere considerato come un pascolo dopo le raccolte, perchè era interdetto da un regolamento del parlamento di Tolosa. Inoltre, il comune era segnato sul ruolo dei contribuenti per un terzo dell'imposta. Simili circostanze sono sembrate sufficienti alla Corte di cassazione per stabilire la esistenza d'un diritto di comproprietà (3).

---

(1) Sentenze di rigetto del 7 marzo 1826 (Dalloz, alla parola *Droit rural*, n. 57, 1°), e del 27 aprile 1859 (Dalloz, 1859, 1, 436). Sentenza di rigetto della Corte di cassazione del Belgio del 25 luglio 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 7).

(2) Sentenza di rigetto del 7 maggio 1838 (Dalloz, alla parola *Droit rural*, n. 57, 2).

(3) Sentenza di rigetto del 21 novembre 1841 (Dalloz, alla parola *Droit rural*, n. 57, 3). Confronta Liegi, 19 dicembre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 324).

N. 3. — Conseguenza della chiusura.

454. A termini dell'articolo 648, « il proprietario che vuol chiudere il suo fondo, perde il diritto di mandare a pascolare le sue bestie negli altrui poderi dopo la raccolta delle messi, in proporzione del terreno che ha sottratto all'uso comune ». Questo principio è attinto nella legge del 1791, le cui disposizioni costituiscono il commentario del codice civile. Ogni proprietario può inviare al pascolo una quantità di bestiame proporzionata all'estensione del terreno ch'egli possiede nel comune; vien fissato a tante bestie per arpento, secondo i regolamenti ed usi locali, ed in mancanza di documenti positivi a questo riguardo, vi si provvede dal consiglio del comune (articolo 13). Quando un proprietario cinge una parte della sua proprietà, il numero dei capi di bestiame che egli può continuare ad inviare sulle terre private degli abitanti del comune vien ristretto in proporzione, secondo la regola che abbiamo stabilita (art. 16).

455. Rimane a determinare quando un fondo è chiuso. L'articolo 6 della legge del 1791 risponde alla questione: « Si considererà chiuso un fondo, quando sarà circondato da un muro di quattro piedi di altezza con barriera o porta, o quando sarà esattamente chiuso o circondato da palizzate o da un ingraticciato, o d'una siepe viva, o da una siepe secca fatta con piuoli, o con rami intrecciati, o con qualunque altro sistema in uso nella località, od infine d'un fosso di quattro piedi di larghezza almeno all'apertura e di due piedi di profondità ». Questa disposizione non è concepita in termini restrittivi; la chiusura è dunque piuttosto una questione di fatto che di diritto. Tuttavia nell'applicazione sono insorte delle difficoltà. Un proprietario avea chiuso il suo terreno da una parte con picche impiantate nel suolo, alla distanza di un metro le une dalle altre, e legate fra loro con fili di ferro e rami d'alberi, essendo gl'intervalli colmati da fascine e cespugli, il che formava una specie di siepe morta. Si obbiettò che non era abbastanza solida per essere perfettamente al sicuro dalla malevolenza. Tali esigenze eccedevano la stessa legge, la quale si accontenta di una cosa, cioè che vi sia una chiusura che interdica qualunque accesso alla proprietà e manifesti con ciò l'intenzione del proprietario di sottrarre il suo fondo al pascolo dopo la raccolta. Vi era pure un'altra difficoltà. I tre rimanenti lati del terreno erano protetti da un corso d'acqua e da un canale che non appartenevano al proprietario; da ciò concludevasi che non esistesse una vera chiusura, implicando questa che il proprietario stesso la stabilisca, a sue spese, e sovra il suo fondo. Anche qui si oltrepassava la legge: il testo non dice che un

fondo si dovrà intendere chiuso solo quando sia circondato da ogni parte per mezzo di mura, siepi o fossati praticati dal proprietario, sul suo terreno ed a sue spese, e lo spirito della legge non è certamente restrittivo; essa non ha che uno scopo, d'affrancare cioè il suolo da una servitù che vincola il coltivatore e nuoce all'agricoltura; è dunque sufficiente che un ostacolo naturale od artificiale interdica l'accesso alla proprietà, e che il solo lato accessibile sia chiuso da una barriera.

Eravi infine un'ultima difficoltà nella specie. Parecchi proprietari si erano riuniti per difendere i loro terreni col mezzo d'una cinta comune; si sosteneva che ciascun fondo dovesse esser chiuso separatamente. Vi era qui una questione di diritto; la Corte di cassazione la decise in favore dei proprietari. Essa parte dal principio che la facoltà di affrancarsi dal pascolo dopo le raccolte mediante la chiusura dei fondi scaturisce dalla libertà dei fondi e dall'indipendenza del diritto di proprietà; questa facoltà quindi non deve subire altre restrizioni che quelle risultanti da una formale disposizione della legge; ora, nessuna legge proibisce ai proprietari di costruire una cinta comune ai loro fondi. Il silenzio della legge basta dunque per risolvere la difficoltà. Come dice benissimo la Corte, l'interesse dell'agricoltura, il progresso delle speculazioni rurali si troverebbero in modo deplorevole compromessi dalla moltiplicità delle chiusure speciali, se ciascun fondo dovesse esser ricinto separatamente. Ciò che la legge vuole, è che vi sia una cinta che impedisca d'introdurre il bestiame nei fondi gravati dal pascolo dopo le raccolte (1).

456. L'articolo 17 della legge del 1791 applica questi principii alla servitù di pascolo reciproco: « Il comune il cui diritto di pascolo reciproco sopra una parrocchia vicina venisse limitato da chiusure non potrà pretendere, a questo riguardo, alcuna specie di indennità, anche nel caso in cui il suo diritto fosse fondato sovra un titolo; ma potrà rinunciare alla facoltà reciproca risultante dal pascolo stabilito fra di esso e la parrocchia vicina: il che avrà pur luogo se il diritto di pascolo reciproco si esercitasse sulla proprietà d'un privato ». Notiamo anzitutto che questa disposizione conferma l'interpretazione da noi data al pascolo dopo le raccolte, quando è fondato sovra un titolo. Il titolo, in questa materia, non crea una servitù, uno smembramento della proprietà; se vi fosse un diritto reale, nessuno potrebbe affrancarsene, almeno nol potrebbe senza indennizzare colui che avesse stipulato questo diritto. Si tratta di un antico uso fondato sopra una tolleranza reciproca. Donde la facoltà di affrancarsene, il che implica la rinuncia alla reciprocità.

---

(1) Lione, 16 dicembre 1863 e sentenza di rigetto del 1.° marzo 1865 (DALLOZ, 1865, 1, 421).

L'applicazione dell'art. 17 ha fornito materia ad un'altra questione. Potrà l'uno dei comuni denunciare il diritto reciproco di pascolo, quando nell'altro si sono cinti alcuni fondi, non pel fatto del comune, ma pel fatto dei proprietari interessati? Vi è una lieve ragione di dubbio; si può dire che il comune, cioè la generalità degli abitanti, non deve essere responsabile del fatto di alcuni proprietarii, che esso non ha, in ogni modo, il diritto d'impedire. A dire il vero, non è qui materia di colpa nè di responsabilità. Chiudere il proprio fondo è un diritto; ma esercitando questo diritto, si deroga alla tolleranza tacita che aveva introdotto il pascolo dopo le raccolte; è dunque giusto che l'altro comune abbia facoltà di affrancarsene. Sarebbe lo stesso anche quando la cinta fosse stata praticata riguardo ai terreni usurpati dai proprietari sopra i beni comunali; la legge del 1791 non distingue come e da chi la chiusura è fatta; dal momento che vi sono fondi chiusi, vi è infrazione del patto tacito che aveva stabilito il pascolo reciproco. Il testo dell'articolo 17 sembra anche prevedere il caso in cui la chiusura è eseguita dai privati, sulle loro proprietà, indipendentemente dal fatto del comune. Vi è una sentenza della Corte di cassazione in questo senso (1).

Nella specie, vi era da risolvere un'altra difficoltà. Il pascolo reciproco non cessa di pieno diritto, quando, mediante la chiusura, si sottraggono al medesimo talune proprietà in uno dei comuni. Vi è una specie di condizione risolutiva tacita: non osservandosi il contratto da parte di uno dei comuni, l'altro ha il diritto di domandarne la risoluzione. Non è che occorra un'azione giudiziaria come nella condizione risolutiva propriamente detta. L'articolo 17 dice che il comune leso potrà rinunciare al pascolo reciproco; occorre dunque una manifestazione di volontà, ma ciò basta. In qual termine la rinunzia dovrà farsi? Qualunque diritto si prescrive in trent'anni; questo principio si applicherà pure alla rinuncia stabilita dall'art. 17. Si obbietta che si tratta di un diritto di pura facoltà, e che questi non sono capaci di prescrizione. Ciò non è esatto. Vi è una convenzione tacita che una delle parti ha violata, il che dà all'altra il diritto d'infrangerla completamente; il diritto che nasce dall'inadempimento di una convenzione non è un diritto di pura facoltà, ma una azione ordinaria, soggetta quindi alla prescrizione (2).

---

(1) Sentenza di cassazione del 3 agosto 1853 (Dalloz, 1853, 1, 193). Nel medesimo senso, Digione, 21 novembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 289).

(2) Besançon, 28 gennaio 1848 (Dalloz, 1853, 1, 289).

CAPITOLO III.

DELLE SERVITÙ STABILITE DALLA LEGGE.

SEZIONE I. — Divisione.

457. L'articolo 640 dice che « le servitù stabilite dalla legge hanno per oggetto l'utilità pubblica, quella dei comuni o dei privati. » È principio che la servitù legale, qualunque sia il suo obbietto, non può risultare se non da un testo formale. Si tratta d'una restrizione al diritto di proprietà, e questa restrizione è stabilita da una legge; a questo duplice titolo, le servitù legali debbonsi interpretare restrittivamente. Il codice enumera talune servitù di pubblica utilità, per rinviare alle leggi particolari che sono la sede della materia. Esso non tratta che delle servitù legali le quali hanno per obbietto l'utilità dei privati, e rinvia ancora alle leggi sulla polizia rurale quelle servitù che sono relative ai fondi coltivati (art. 652). Così è dell'obbligazione imposta dal codice rurale del 91 ai proprietari di non vendemmiare nè racimolare se non dopo pubblicati i bandi (1).

458. Dal principio che occorre una legge perchè vi sia una servitù legale, consegue che le servitù di semplice utilità privata stabilite dalle antiche consuetudini, e non conservate dal codice rurale e dal codice civile, sono abolite. Diciamo le servitù di *utilità privata* e non le servitù di *utilità pubblica*. È noto che la legge del 30 ventoso anno XII abroga le consuetudini generali o locali nelle materie che formano l'obbietto del codice civile; ora, le servitù legali d'interesse privato sono trattate dal codice, dunque tutto il diritto anteriore è abrogato; non v'è eccezione che per le servitù rurali, per le quali l'articolo 652 rinvia espressamente alle leggi sulla polizia rurale. Non è lo stesso delle servitù legali di *interesse pubblico;* il codice non se ne occupa, non può dunque applicarsi il principio speciale di abrogazione stabilito dalla legge sopracitata. Donde segue che le antiche disposizioni rimangono in vigore, salvo che non vi sia stato espressamente derogato da una legge posteriore (2).

In applicazione di questo principio, è stato deciso (3) che le servitù consuetudinarie debbono considerarsi come abrogate dal

(1) Legge dei 28 settembre, 6 ottobre 1791, tit. I, sez. V, art. 2 e tit. II, art. 21.
(2) Vedi sulla legge del 30 ventoso anno XII, il t. I dei miei *Principii*, nn. 25-27.
(3) Sentenza di rigetto del 4 termidoro anno XIII (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 31).

codice civile dall'epoca della pubblicazione del titolo delle *Servitù*, ancorchè avessero formato l'obbietto d'una istanza pendente ancora in tale momento; contro l'utilità pubblica non vi hanno diritti quesiti (1).

Nell'antico diritto, i proprietari di torbiere esercitavano una servitù sui fondi dei loro vicini; vi stendevano la torba, man mano che veniva estratta, per farla disseccare. Una sentenza del tribunale di Amiens aveva conservato questo diritto; ma fu cassata nell'interesse della legge. Infatti, questa servitù abusiva non è conservata nè dal codice Napoleone, nè dal rurale, e deve quindi ritenersi abrogata (2).

Noi diremo in appresso che lo stesso avviene delle servitù di *tour d'échelle*, che esisteva nelle nostre antiche consuetudini.

SEZIONE II. — Delle servitù legali di utilità pubblica (3).

§ 1. — *Enumerazione.*

N. I. — Del marciapiede.

459. L'ordinanza del 1669 sulle acque e foreste prescrive (titolo XXVIII, art. 7) (4): « I proprietari dei fondi rivieraschi ai corsi d'acqua navigabili dovranno lasciare lungo le ripe almeno ventiquattro piedi di larghezza per strada regia e per corso di cavalli, nè potranno piantare alberi, nè tenere cinte o siepi al di qua di trenta piedi dalla parte da cui si rimorchiano i battelli, e di dieci dall'altra, sotto pena di 500 lire d'ammenda, dalla confisca degli alberi, oltre alla condanna dei contravventori a riparare e rimettere in buono stato le dette strade, a loro spese ». Dalla lettera di questa disposizione risulta che le due ripe dei corsi d'acqua navigabili sono gravate dalla servitù nell'interesse della navigazione, che lo spazio da lasciarsi libero è sovra amendue le ripe di 24 piedi di larghezza; ma su quella che serve al percorso dei cavalli la proibizione di piantare e di costruire si estende a 30 piedi, mentre è ristretta a 10 soltanto dall'altro lato. Donde la distinzione che si fa tra la via di allaggio ed il marciapiede, la prima che serve ai cavalli che rimorchiano i battelli, la seconda destinata specialmente ai pedoni, ma che facilita altresì il salvataggio dei traini e delle zattere. Il codice non si attiene a questa terminologia; nell'ar-

---

(1) Vedi il t. I dei miei *Principii*, nn. 153, 160 e 161.
(2) Sentenza di cassazione del 24 aprile 1813 (DALLOZ, alla parola *Mines*, n. 119).
(3) JOUSSELIN, *Traité des servitudes d'utilité publique*, 2 vol. in 8°, 1850.
(4) Quest'articolo venne pubblicato nel Belgio in virtù del decreto del 4 pratile anno XIII.

ticolo 556, dice che i rivieraschi dei corsi d'acqua navigabili profittano dell'alluvione, coll'obbligo di lasciare il marciapiede o sentiero secondo i regolamenti; e l'art. 650 non parla che del *marciapiede* che i proprietari debbono lasciare lungo i corsi d'acqua navigabili ed atti al trasporto, comprendendo sotto il nome di *marciapiede* tanto il sentiero di allaggio quanto il marciapiede propriamente detto. Egli è perchè nell'art. 650 è parola non soltanto dei corsi d'acqua navigabili, ma altresì di quelli atti al trasporto; e su questi non vi è alcun sentiero di allaggio, ma solo un marciapiede, poichè le zattere ed altri traini, non risalendo giammai la corrente, non hanno bisogno di essere rimorchiati. In Francia, questa differenza tra i corsi d'aqua navigabili e quelli atti al trasporto è stata consacrata dalla legge 15 aprile 1829 sulla pesca fluviale (art. 35) (1).

460. L'estensione della servitù differendo secondo che si tratta del sentiero di allaggio o del marciapiede, importa conoscere chi abbia il diritto di determinare la ripa su cui si farà l'allaggio. É certo che questo diritto appartiene all'autorità amministrativa; ma se non vi è atto regolamentare, bisognerà conchiuderne che non vi sarà servitù? No certamente, quantunque in questo senso si siano pronunziati taluni autori e qualche decisione di magistrato. É la necessità che ha introdotta questa servitù, poichè senza l'onere che grava i fondi rivieraschi, la navigazione non sarebbe possibile. Essa esisteva prima dell'ordinanza del 1669 la quale non ha fatto che regolarla, e vigeva pure nel Belgio prima che questa ordinanza venisse pubblicata nelle nostre provincie. Eravi dunque un marciapiede o sentiero di allaggio; se l'autorità amministrativa non ha emanato alcun regolamento a questo riguardo, è perchè la servitù, com'era praticata, le è parsa sufficiente; essa l'ha approvata tacitamente, e basta quest'approvazione perchè i tribunali applichino le disposizioni dell'ordinanza del 1669 (2).

Si conchiuderà da ciò che questo stato di cose non possa essere mutato, se l'interesse della navigazione lo esige? L'ordinanza del 1669 stabilisce il diritto; pel solo fatto della sua pubblicazione nel Belgio, le antiche ordinanze che regolavano questa materia sono state abrogate; di diritto, le proprietà rivierasche vennero gravate dalla servitù quale è definita dall'ordinanza, salvo all'autorità amministrativa di limitarla, ove lo stimi conveniente, ma tali restrizioni consentite o sofferte non diminuiscono in nulla il diritto del governo; esso può sempre pretendere la stretta osservanza dell'ordinanza in questione, e potrà sempre quindi trasferire l'allaggio dall'una all'altra ripa. Che se i battellieri lo facessero con l'assenso espresso o tacito dell'au-

---

(1) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 189, nn. 281 e 282.

(2) Bruxelles, 26 luglio 1851 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 12). Confronta PROUDHON, *Du domaine public*, t. III, n. 672.

torità amministrativa, i rivieraschi non potrebbero opporvisi, nè reclamare un'indennità; i loro fondi sono sottoposti alla servitù senza diritto ad alcun corrispettivo (1).

461. La servitù di marciapiede ha per effetto che i rivieraschi non possono fare piantagioni nè costruzioni sulla porzione di terreno che essa comprende. Se eseguiscono simili opere coll'autorizzazione dell'autorità amministrativa, od almeno col suo consenso, non ne risulta per essi alcun diritto, poichè le autorizzazioni che l'autorità amministrativa accorda sono essenzialmente revocabili, non costituiscono che una tolleranza temporanea; ciò sarà a dirsi, con maggior ragione, quando il consenso è soltanto tacito. Dal che deriva una conseguenza assai importante, ed è che, in caso di espropriazione per causa di pubblica utilità non si tiene alcun conto ai rivieraschi espropriati del valore delle costruzioni o piantagioni, perchè la demolizione avrebbe potuto essere ordinata senza indennità. Non vi è che una difficoltà per la distanza. L'ordinanza del 1669 non è stata pubblicata nel Belgio che il 24 maggio 1805; se ne concluderà che le opere eseguite dai rivieraschi anteriormente a tal'epoca furono fatte legittimamente, e che essi hanno, perciò, diritto a compenso? La questione deve essere decisa secondo la legislazione dell'epoca cui risalgono i lavori. Nel Belgio, vi erano ordinanze analoghe a quella del 1669: tale era quella del 12 giugno 1780 emanata pel fiume Dendre. Se le opere risalgono ad un tempo in cui nessuna legge fissava i limiti della servitù di marciapiede, si rimane nel diritto comune; i rivieraschi avranno diritto ad una indennità (2).

462. Il codice civile qualifica il marciapiede una servitù. Si è sostenuto che le ripe dei corsi d'acqua navigabili appartengano al demanio pubblico. Nell'ordinanza del 1669 vi è un'espressione che sembra venire in appoggio di questa pretesa; l'articolo che noi abbiamo trascritto (n. 459) dice che i rivieraschi debbono lasciare sulle loro proprietà 24 piedi per *strada regia* e *percorso di cavalli;* se si tratta di una *strada regia,* si osserva, questa forma parte del demanio pubblico. Ma tale non è il senso dell'ordinanza; essa si riferisce ad una strada regia destinata all'allaggio ed alla circolazione dei battellieri. Il codice civile non lascia alcun dubbio su questo punto. Noi abbiamo citato l'art. 650; l'art. 556 è altrettanto decisivo, esso attribuisce l'alluvione ai rivieraschi perchè sono proprietari della ripa. I loro fondi sono solamente gravati da una servitù; bisogna aggiungere ancora che questa servitù ha un obbietto affatto speciale, l'interesse della navigazione. Ogni servitù deve essere restritti-

---

(1) Gand, due sentenze del 3 giugno 1868 (*Pasicrisie,* 1869, 2, 322). Bruxelles, 12 ottobre 1815 (*Pasicrisie,* 1815, p. 466).

(2) Gand, 17 luglio 1869 (*Pasicrisie,* 1870, 2, 52), 29 luglio 1869 (*Pasicrisie,* 1869, 2, 387 e 3 giugno 1868 (*Pasicrisie,* 1869, 2, 327).

vamente interpretata; bisogna limitar dunque quella del marciapiede ai bisogni della navigazione. Donde segue che i rivieraschi non sono tenuti a soffrire lo scarico delle merci, nè la circolazione dei carri e delle vetture (1).

N. 2. — Servitù di viabilità.

463. L'art. 650 colloca ancora fra le servitù d'utilità pubblica quelle che hanno per obbietto « la costruzione o la riparazione delle strade od altre opere pubbliche o comunali ». La formola è così incerta che non si sa troppo bene di quali servitù il legislatore intenda parlare. Non si cita ordinariamente che la disposizione del codice rurale del 1791, così concepita (tit. 1, sez. VI, art. 1) (2): « Gli agenti della pubblica amministrazione non potranno scavare un campo per cercarvi pietre, terra o sabbia, necessarie alla manutenzione delle grandi strade o di altre opere pubbliche, senza averne preventivamente avvertito il proprietario, e senza che questi sia giustamente indennizzato all'amichevole o dietro perizia ». Questa disposizione venne riprodotta dalla legge del 16 settembre 1807, ma con modificazioni che hanno dato luogo a litigi; l'art. 55 prescrive: « I terreni *occupati* per provvedere i materiali necessari alle strade od alle costruzioni pubbliche potranno essere pagati ai proprietarî come se fossero stati presi per la strada istessa. Non entrerà nella stima il valore dei materiali da estrarre, se non nel caso in cui vi fosse una cava di pietre già in esercizio; allora i detti materiali saranno valutati secondo il loro prezzo corrente, astrazion fatta dall'esistenza e dai bisogni della strada per la quale fossero presi, o dalle costruzioni cui sono destinati ».

L'*occupazione* di cui parla la legge del 1807 non è una espropriazione, come si è preteso. *Occupare* non vuol dire espropriare; questa parola implica un possesso provvisorio del terreno che viene escavato dagli agenti della pubblica amministrazione. Lo spirito della legge non lascia alcun dubbio su questo punto. Se si trattasse d'un'espropriazione, l'art. 55 sarebbe inutile, essendo il diritto di espropriazione regolato da leggi speciali; ovvero deroghererebbe a queste leggi, e la deroga sarebbe talmente grave ch'è fare ingiuria al legislatore ammettere una simile interpretazione, come dice benissimo una sentenza della Corte di Bruxelles. La legge del 1807, al pari di quella del 91, non stabilisce dunque che una servitù; ma questa servitù legale dif-

---

(1) Bruxelles, 12 ottobre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 466) e la requisitoria dell'avvocato generale Stoop. Confronta Proudhon, *Du domaine public*, t. II, n. 772; Duranton, t. V, p. 258, n. 275; Demolombe, t. XI, p. 332, n. 301.

(2) Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 189, n. 283.

ferisce dalle altre servitù di pubblica utilità. In generale, queste servitù non danno luogo ad alcun compenso, come diremo fra breve, mentre questa ammette l'indennità. La ragione n'è semplice, cioè che gli scavi hanno per risultato l'estrazione dei materiali necessari; dunque l'autorità amministrativa s'impossessa di cose mobili che sono nel dominio di un privato: in questo senso vi è espropriazione, e perciò l'autorità amministrativa deve indennizzare il proprietario; essa gli deve ancora un compenso per l'occupazione del suo terreno, perchè lo priva del godimento della sua proprietà finchè dura l'occupazione (1).

I termini generali dell'art. 650 comprendono ancora un'altra specie di servitù che si rannoda alle opere pubbliche. Prima di espropriare, bisogna sapere quali terreni saranno necessari alla costruzione della strada, del canale o della ferrovia. A tal fine, gli ingegneri percorreranno i fondi, levando i piani, procedendo al livellamento dei tracciati. Possono essi penetrare nelle proprietà private, occuparle temporaneamente, abbattere gli alberi che fanno ostacolo alle loro operazioni? La questione si è presentata innanzi alla Corte di Bruxelles che ha dichiarati questi atti *illeciti*. Prodotto ricorso, la Corte di cassazione ha giudicato che il governo, autorizzato ad eseguire lavori di pubblica utilità, aveva, perciò appunto, il diritto di fare tutti gli atti preliminari, senza dei quali sarebbe impossibile l'esecuzione dei lavori, salvo a riparare il danno che cagiona (2). Questa decisione deve essere estesa ai concessionari, perchè prendono il luogo dello Stato.

464. La legge del 9 ventoso anno XIII obbligava i proprietari adiacenti a piantare lungo le grandi strade o le strade vicinali, alberi d'alto fusto o fruttiferi; essa accordava loro la proprietà degli alberi stessi, coll'obbligo di non tagliarli, abbatterli o potarli senza un'autorizzazione data dall'autorità amministrativa e sotto la condizione di surrogarli. Nel decreto del 16 dicembre 1811, che può quasi esser considerato come il codice della viabilità, vi sono pure parecchie disposizioni relative alle piantagioni lungo le strade.

Vi hanno altresì restrizioni alla proprietà, relativamente alle piantagioni che fanno i rivieraschi sui lembi delle strade. I regolamenti fatti dai consigli provinciali possono determinare l'altezza delle siepi. È incontestabile che la viabilità entra nelle attribuzioni delle autorità provinciali. La legge del 6 ottobre 1791 affidava già la viabilità vicinale ai dipartimenti (tit. I, sez. VI, art. 3). Sotto il regno dei Paesi Bassi, la legge fondamentale consacrò questa attribuzione (art. 146), e le leggi belghe l'hanno

(1) Bruxelles, 2 dicembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 168).
(2) Sentenza di cassazione del 2 luglio 1838 (*Pasicrisie*, 1838, 1, 333).

conservata (1). Vi è tuttavia una difficoltà nel nostro diritto pubblico; esso pone una restrizione al potere delle autorità provinciali e comunali, le quali non possono statuire sovra obbietti che sono già regolati dalle leggi o dai decreti reali. Ora, si è detto, il codice civile determina la distanza alla quale è permesso piantare siepi sul limite di separazione dei fondi (articolo 671), e la legge del 9 ventosò anno XIII (art. 7) fissa questa distanza per i proprietari adiacenti alle strade vicinali. Se i rami oltrepassano la linea di separazione dei due fondi, il vicino può chiedere che siano tagliati (codice civile, art. 672). Ecco una legislazione completa, dunque tuttociò che i regolamenti provinciali vi aggiungono è illegale. La Corte di cassazione risponde, e la risposta è perentoria, che nessuna legge determina l'altezza delle siepi costeggianti le strade pubbliche; che quindi i consigli provinciali possono regolare questa materia. Infatti, non basta che vi sia una legge su talune parti di una materia di polizia locale perchè le autorità provinciali non possano intervenire a regolarla; la legge del 10 aprile 1841 sulla viabilità vicinale prova il contrario, poichè, pur stabilendo principî generali su questo argomento, permette ai consigli provinciali di statuire sopra i punti di cui essa non si è occupata (art. 32). È vero che ne risulterà una servitù a carico dei proprietari adiacenti, ed una servitù senza compenso; ma tale è la condizione generale delle proprietà che fronteggiano le strade pubbliche; se hanno oneri, hanno altresì dei vantaggi. Invano si direbbe che non può esservi servitù *legale* senza legge; i regolamenti provinciali tengono luogo di leggi; e l'art. 544 permette d'apportare restrizioni alla proprietà, vale a dire di costituire servitù mediante leggi e regolamenti (2).

465. Quando una strada è divenuta impraticabile, i proprietari adiacenti sono obbligati a soffrire il passaggio sulle loro terre? Il diritto romano già stabiliva questa servitù, poichè la forza delle cose vi assoggetta i fondi adiacenti (3). Essa è implicitamente consacrata dal codice rurale del 91 (tit. II, art. 41), che contiene a questo riguardo la disposizione seguente: « Il viandante che penetrerà entro un fondo chiuso per farsi un passaggio pagherà il danno arrecato al proprietario, salvo che il giudice di pace del cantone non decida che la strada era impraticabile; ed allora il danno e le spese di chiusura sono a carico del Comune ». In questo l'onere dell'indennizzo incombe, non a chi si vale del passaggio, ma a colui che, per sua ne-

(1) Legge comunale, art. 90, n. 12; legge del 10 aprile 1841, art. 37 e 38.

(2) Sentenza di rigetto del 17 marzo 1862 della Corte di cassazione del Belgio (*Pasicrisie*, 1862, 1, 234).

(3) L. 14, § 1, D., *quemad. servit. amitt.* (VII, 4): « *Cum via publica ruina amissa est, vicinus proximus viam praestare debet* ». La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (AUBRY e RAU, t. III, p. 33, note 37 a 38)

gligenza, ha reso la strada impraticabile; è l'applicazione del principio che regola il quasi-delitto (art. 1382).

Vi hanno pure dei passaggi che sono nel contempo d'utilità pubblica e d'interesse privato. Il codice rurale permette al proprietario d'uno sciame di api d'inseguirlo nel fondo in cui si è rifugiato (1). Si ammette altresì che il proprietario di oggetti trascinati via dalle acque possa, per riaverli, entrare nel fondo in cui sono stati trasportati. Quest'ultimo punto è dubbio, non essendovi legge; il testo del Digesto che si cita non ha più forza obbligatoria (2).

466. A termini della legge del 16 settembre 1807 (art. 50 e seguenti), i proprietari non possono innalzare o riedificare, od anche riparare costruzioni attinenti alla strada pubblica, senza avere ottenuto l'allineamento; essi son pure obbligati ad arretrare le costruzioni stesse in conformità dei piani approvati dall'autorità amministrativa. L'allineamento domandato dal proprietario frontista ed accordato dall'autorità locale implica una specie di contratto che attribuisce ai proprietari i vantaggi che assicura la pubblica strada, ma li assoggetta altresì a tutti gli oneri che una tal situazione apporta. Così i proprietari frontisti acquistano i diritti d'uscita e di veduta, il diritto di far scolare le acque piovane e domestiche. Al contrario, sono tenuti a sopportare taluni oneri imposti dalle necessità della polizia e d'una buona amministrazione: sono le parole di una sentenza della Corte di cassazione del Belgio. Perciò, dice la Corte, l'autorità municipale ha diritto di apporre alle mura costeggianti la strada pubblica le lastre indicanti il nome delle strade e la numerazione delle case, come pure i sostegni dei fanali; bisogna aggiungere a ciò i fili elettrici sia per gli orologi, che per la corrispondenza telegrafica. Si dirà che queste sono altrettante servitù legali? (3) Se esse non sono direttamente imposte dalla legge, ne scaturiscono indirettamente in questo senso che le leggi affidano alle autorità comunali la polizia, e specialmente l'obbligo di invigilare alla sicurezza ed alla comodità del passaggio pelle strade e piazze pubbliche.

Si è domandato se le autorità locali avessero facoltà di dare disposizioni regolamentari per le affissioni, permettendo d'apporle sulle case private, ed anche sugli edifici destinati al culto. Ecco le circostanze in cui si è presentata la questione. Un'ordinanza di polizia della città di Bruxelles incaricava il collegio degli scabini di designare almeno trenta muri sui quali potessero ap-

---

(1) Legge dei 28 settembre, 6 ottobre 1891, t. I, sez. III, art. 5. AUBRY e RAU, t. III, p. 33, nota 39.

(2) L. 8, D., *de incend.* (XLVII, 9). AUBRY e RAU, t. III, p. 33, nota 40.

(3) Il Consiglio di Stato decide non esservi servitù, ma ammette che vi è luogo ad indennità, la quale dev'essere regolata dalla giustizia amministrativa. Decreti del 3 agosto 1851 e del 24 marzo 1865 (DALLOZ, *Répertoire* alla parola *Télégraphe*, n. 56 e seg.).

porsi gli affissi di diverso genere, gli avvisi ed i bandi. Il collegio indicò, fra l'altro, la chiesa dei Riches-Claires, tanto per le affissioni emananti dall'autorità quanto per le altre. Il curato fece strappare gli affissi che, in forza di ciò, erano stati apposti all'edificio. Tradotto in giudizio, venne assoluto dal tribunale correzionale, che decise essere illegale il regolamento in virtù di cui lo si processava. Sul ricorso del pubblico ministero, la sentenza fu cassata con un giudicato sapientemente motivato, e sulle conclusioni conformi dell'avvocato generale Delebecque (1). I considerando della decisione non riguardano che l'affissione degli atti dell'autorità o quelle che son richieste dalle leggi speciali: a questo riguardo, non v'ha dubbio. Infatti, quando la legge ordina la pubblicità, ancorchè non parli di affissioni, è un diritto, per le autorità incaricate di render pubblici gli atti, di prescrivere le affissioni, e per conseguenza di designare i luoghi in cui dovranno essere apposte. Invano si direbbe che il comune deve limitarsi a collocare gli avvisi sopra muri di proprietà comunale: le affissioni non si fanno dove meglio aggrada, bensì dove v'ha maggior probabilità che l'affisso sia letto. Ecco perchè in ogni tempo le porte delle chiese hanno servito alla pubblicità. Bisogna, senza dubbio, saper conciliare questo diritto col rispetto dovuto ai luoghi consacrati al culto; questa cura appartiene alle amministrazioni comunali. Una volta che esse hanno deliberato e che si è esaurito ogni rimedio contro le loro decisioni, le medesime acquistano forza di legge. La sentenza della Corte enumera le disposizioni legislative che hanno stabilito il diritto delle autorità locali, diritto che è, nel tempo istesso, un dovere.

La sentenza contiene una restrizione sulla quale facciamo le nostre riserve. Non può essere in facoltà dei privati, dice la Corte, di fare apporre avvisi od annunzi sulla proprietà altrui e specialmente sui templi, il cui godimento appartiene alle fabbricerie, cui è affidata la loro manutenzione e conservazione. Senza dubbio, un proprietario non ha alcun diritto sulla casa altrui. Ma chi affigge non lo fa in virtù d'un diritto suo proprio, sibbene agisce in forza d'una ordinanza di polizia. La questione sta dunque nel sapere se i comuni hanno diritto di designare gli edificî, ancorchè si tratti di templi, per apporvi gli affissi, salvo a regolare questo diritto in modo da conciliare tutti gli interessi. L'affermativa non ci sembra dubbia. È uno dei casi in cui la proprietà subisce delle restrizioni stabilite da regolamenti, come suppone l'art. 544. Così si riteneva nell'antica giurisprudenza, specialmente per quanto concerne le chiese (2), e le leggi

---

(1) Sentenza di cassazione del 5 febbraio 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 105).

(2) Vedi le autorità citate nella requisitoria del pubblico ministero (*Pasicrisie*, 1855, 1, 110).

moderne ammettono implicitamente la esistenza del medesimo diritto (1).

467. La costruzione delle ferrovie ha create nuove servitù a carico dei proprietari adiacenti. Non è permesso di piantare alberi di alto fusto, senza autorizzazione del governo, se non alla distanza di venti metri dal marciapiede della ferrovia, nè siepi vive o piante di piccolo fusto, alla distanza di sei metri. La medesima autorizzazione è richiesta per gli ammassi o depositi di pietre, per gli edifici ed altre costruzioni alla distanza di otto metri. È proibito di aprire, senza autorizzazione, cave di sabbia, di pietre, miniere scoperte al di qua di venti metri dalla ferrovia. Il medesimo divieto esiste pei tetti di paglia come per qualunque deposito di materie combustibili, quali sarebbero i covoni di grano (Legge del 15 aprile 1843, art. 1-3). Quanto alle piantagioni e costruzioni che esistevano quando si costruì la ferrovia, nelle zone proibite, il governo può farle sopprimere corrispondendo un'indennità preventiva (articolo 5).

Queste servitù gravano indistintamente sopra tutte le proprietà adiacenti alle ferrovie; in questo senso, costituiscono lo stato normale della proprietà, e per conseguenza non danno luogo ad alcun compenso. Noi diremo in appresso esser questo un principio generale in materia di servitù legali di pubblica utilità. Ne risulta che in caso di espropriazione dei terreni necessarî per la costruzione di una ferrovia, non si tiene alcun conto del minor valore dei terreni che rimangono al frontista espropriato, quantunque questo minor valore sia dovuto alle restrizioni che egli subisce nello esercizio del suo diritto di proprietà, per causa della vicinanza della ferrovia (2).

467 *bis.* Vi è una specie di servitù di utilità pubblica, la quale, per la sua origine, attiene al diritto privato, mentre, pel suo obbietto, è d'utilità pubblica, e, per i suoi caratteri, è legale. Un gran numero di strade vicinali sono servitù di passaggio acquisite dai comuni su terreni appartenenti ai privati; nelle Fiandre, è questa la regola pressochè universale. Tali servitù non sono state costituite per titolo, ma hanno fondamento nella prescrizione; in questo senso, sono di diritto privato. Ma servendo come mezzo di comunicazione, esse partecipano del carattere pubblico che distingue queste vie; la legge del 10 aprile 1841 (articolo 12) le dichiara imprescrittibili, perchè, essendo destinate ad un servigio pubblico, sono poste per tal motivo fuori di commercio (articoli 538 e 2226). Queste servitù di passaggio, quantunque siano di pubblica utilità, non sono, a

(1) Legge del 9 novembre 1789; legge del 9 messidoro anno III, art. 118; legge dell'11 brumaio anno VII, art. 5; legge dell'8 marzo 1810, art. 6; codice di commercio, art. 103.

(2) Liegi, 21 luglio 1853 (*Pasicrisie,* 1854, 2, 156); Bruxelles, 24 gennaio 1852 (*Pasicrisie,* 1854, 2, 21).

parlar propriamente, servitù legali, poichè non è la legge che le ha create, ma la prescrizione. Una volta acquisite però, son divenute legali, nel senso che la legge vi annette effetti particolari; ciò che in origine era un semplice diritto di passaggio è considerato come una strada pubblica inscritta come tale nell'elenco delle strade vicinali, ed inserviente a tutti gli usi cui servono le strade che sono di proprietà dei comuni. È stato deciso, in applicazione di questi principii, che i proprietari adiacenti vi possono aprire luci e finestre (1). Avremo occasione di ritornare sopra i caratteri che distinguono i passaggi comunali dalle servitù di passaggio (2).

N. 3. — Delle altre servitù legali di pubblica utilità.

468. Il codice civile non parla che di due servitù legali di pubblica utilità; ve ne sono parecchie altre, che noi ci limiteremo a menzionare, essendo questa materia estranea all'obbietto del nostro lavoro. Secondo l'ordinanza del 1681, i proprietari le cui terre ed abitazioni sono vicine ad un luogo di naufragio sono tenuti a concedere il passaggio perchè si rechi soccorso ai naufraghi, ed a soffrire che vengano deposti nei loro fondi gli oggetti salvati (3).

Vi è un'altra servitù che si può chiamare marittima, essendo stabilita per la conservazione degli argini e delle altre opere di difesa contro la violenza del mare. Quando una diga minaccia di cedere e manchi il materiale per ripararla, può farsi incetta di tutte le fascine e la paglia che esiste nei dintorni, perfino della stoppia delle case e delle travi dei tetti (4). É il caso di dire: *Salus populi suprema lex.* Trattandosi di una vera espropriazione, l'indennità è dovuta, ma non potrebbe essere preventiva; il decreto del 1811 dice che sarà regolata ulteriormente.

469. Vi sono servitù legali più importanti e più onerose, quelle che l'interesse della difesa nazionale impone alle proprietà site in vicinanza delle fortezze. La legge del 10 luglio 1791 (tit. I, art. 30) prescrive: «Per l'avvenire non sarà *costruita* nè *ricostruita* alcuna casa o muro in fabbrica intorno alle piazze di prima e seconda classe, neppure presso le loro entrate e dipendenze, oltre a 250 tese dalla cresta del parapetto delle loro strade coperte le più avanzate». Il decreto del 4 febbraio 1815 contiene una simile disposizione: «E' proibito, esso dice, di costruire o ricostruire case muraglie, formare monticelli, stabilir

(1) Sentenza della Cassazione del Belgio, 18 marzo 1870, e la requisitoria del procuratore generale, LECLERCQ (*Pasicrisie*, 1870, 1, 153).
(2) Vedi il t. VIII dei miei *Principii*, n. 214.
(3) DALLOZ, alla parola *Organisation maritime*, n. 667. L'ordinanza non contiene disposizione espressa a questo riguardo.
(4) Decreto del 16 dicembre 1811, art. 38.

cave di pietra, costruire pozzi, o far qualunque altra escavazione alla distanza di cento tese o 1800 piedi dall'estremità degli spalti più avanzati delle piazze forti esistenti nel Belgio, sotto pena della distruzione di dette opere a spese dei contravventori ».

L'applicazione di queste leggi ha dato luogo nel Belgio a controversie giudiziali in conseguenza della costruzione delle fortificazioni d'Anversa. Non si poteva contestare la forza obbligatoria della legge del 1790 e del decreto del 1815; ma si pretendeva che non si dovessero applicare se non alle fortezze esistenti all'epoca della loro pubblicazione, obbiezione che è respinta dallo stesso testo di quelle leggi. Almeno, si diceva, occorrerebbe una legge perchè una città sia dichiarata piazza di guerra; questa pretesa venne del pari respinta: essendo il re incaricato della difesa dello Stato, spetta al potere esecutivo ordinare le fortificazioni, salvo il concorso delle Camere per ciò che riguarda le spese. Si sosteneva infine, e ciò era più specioso, che la costituzione proibendo che i cittadini vengano privati delle loro proprietà, senza un giusto e preventivo compenso, le leggi precitate che non accordano alcuna indennità, dovessero ritenersi abrogate, nel senso che i terreni vicini alle piazze forti non possono essere gravati da servitù che nelle forme e sotto le condizioni prescritte dalle leggi che regolano l'espropriazione per causa di pubblica utilità. Noi ritorneremo più innanzi sopra tale controversia, che venne egualmente decisa in favore dello Stato (1).

Vi è una questione più dubbia. Un decreto del 19 dicembre 1811 riproduce, aggravandole, le proibizioni di costruire e ricostruire contenute nella legge del 1791; indi aggiunge: « Le disposizioni precedenti si applicheranno alle restaurazioni e riparazioni degli edifici, chiusure ed altre costruzioni esistente salve le modificazioni che giudicheremo non essere necessarii, al divieto ». Questa disposizione aggrava la servitù stabilita dalla legge del 90, dunque vi deroga; in questo senso il decreto è illegale. Ma è noto che, non ostante l'illegalità dei decreti di Napoleone, i tribunali li applicano. Non è su questo punto che la disputa sorse; si pretendeva che il decreto del 1811 fosse abrogato da quello del 1815. La Corte di Bruxelles ha ammessa questa abrogazione tacita, invocando l'intenzione dell'autore del decreto: esso voleva moderare e limitare, dice la Corte le servitù militari stabilite dalle leggi francesi (2). Sia pure, questa limitazione si trova nel testo, essa concerne il perimetro delle fortificazioni. Bisogna andare più in là, ed affermare che il decreto del 1811 è abrogato? Se si fosse trattato d'una materia meno odiosa delle fortificazioni e delle servitù ch'esse apportano, noi du-

(1) Bruxelles, 29 maggio 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 185) e 7 gennaio 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 107).
(2) Bruxelles, 8 dicembre 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 270).

bitiamo assai che la Corte di Bruxelles avrebbe ammessa una simile abrogazione. Il decreto nulla dice delle riparazioni; come mai, non parlando che delle costruzioni e ricostruzioni, avrebbe abrogato il decreto che concerne le riparazioni? Non è forse principio che le leggi posteriori non abrogano le anteriori se non quando le loro disposizioni sono incompatibili? E dove esiste incompatibilità tra una legge che proibisce la ricostruzione ed una che vieta le riparazioni? Una volta ammessa la servitù, bisogna dire, al contrario, che il divieto di riparare è la conseguenza logica della proibizione di ricostruire. Che importa che le servitù militari siano odiose? I principii di diritto non conoscono favore nè odio.

470. L'ordinanza del 1669 sulle acque e foreste crea molteplici servitù nell'interesse della conservazione dei boschi. Vuole perciò che i proprietari i quali possiedono dei boschi limitrofi alle foreste dello Stato, li separino con fossati larghi quattro piedi e profondi cinque; è questo un mezzo efficace per evitare le usurpazioni che si commettono sempre più facilmente contro lo Stato che contro i privati. Il nuovo codice forestale non riproduce questa servitù; esso stabilisce regole di delimitazione che sembrarono sufficienti a prevenire le usurpazioni dei proprietari limitrofi (1). La nuova legge ha conservate, modificandole, parecchie servitù che l'ordinanza del 1669 aveva create. Ve n'è una stabilita in favore dei proprietari adiacenti. L'art. 210 dichiara che l'art. 672 del codice civile è applicabile agli alberi di confine di boschi e foreste, con questa restrizione che i proprietari limitrofi non possono pretendere il taglio dei rami che si estendono sulle loro proprietà quando gli alberi avessero più di trent'anni all'epoca della pubblicazione della legge del 1854. Le altre servitù forestali hanno per obbietto la conservazione delle foreste dello Stato e dei comuni. Noi le enumereremo (articoli 211-216).

Non può essere costruita, senza autorizzazione del re, alcuna fornace di calce, gesso, mattoni, tegoli, nell'interno dei boschi e delle foreste, nè ad una distanza minore di 250 metri.

Il medesimo divieto esiste per la costruzione di case su pertiche, capanne, baracche o tettoie.

Nessuna costruzione di case, edifici o case coloniche può esser fatta ad una distanza minore di cento metri dal confine dei boschi, senza autorizzazione del re.

Nessun individuo abitante le casi esistenti nel raggio di cento metri, o la cui costruzione sarà stata autorizzata, può stabilire un laboratorio per lavorare legnami, magazzini di legna, di carboni o di cenere, senza l'autorizzazione del re.

Non può essere stabilita, se non colla sovrana autorizzazione,

---

(1) Legge del 19 dicembre 1854, tit. III, *Délimitations et abornements*, art. 24-30;

alcuna segheria di legname nel recinto delle foreste, nè ad una distanza minore di 250 metri.

471. Una legge francese del 14 luglio 1856 proibisce di far degli scavi in un certo raggio intorno alle acque termali, al fine d'impedire che il corso di queste acque venga diminuito o deviato (1). Queste acque sono considerate di pubblica utilità come quelle che interessano la pubblica salute. Vi è un'altra servitù d'utilità pubblica concernente le acque: l'art. 643 del codice civile proibisce al proprietario d'una sorgente di deviarne il corso quando somministra l'acqua necessaria agli abitanti di un comune. Noi abbiamo esposti prima d'ora (n. 217) i principii che regolano questa servitù.

472. L'interesse della sanità pubblica ha fatto stabilire altresì le servitù concernenti i cimiteri. Un regolamento del 23 pratile anno XII (art. 2) vuole che i terreni destinati alle inumazioni siano alla distanza di 35 a 40 metri almeno dall'abitato delle città e dei borghi. Quando i cimiteri siano stati trasferiti fuori del comune, nessuno può, senza l'autorizzazione dell'autorità amministrativa, elevare alcuna abitazione, nè scavare un pozzo, a meno di 100 metri di distanza (Decreto del 7 marzo 1808).

§ II. — *Principii generali concernenti le servitù legali di pubblica utilità.*

473. Le servitù legali di pubblica utilità non presentano tutti caratteri che distinguono le vere servitù. Non vi è servitù che quando l'onere è stabilito sopra un fondo ed a favore di un altro. Quando dunque le leggi impongono ai proprietari limitrofi l'obbligo di far piantagioni lungo le vie, non si può dire che creano una servitù; l'onere è piuttosto un'obbligazione, poichè consiste nel fare. Non si può dir neppure che quest'onere, e tutte le servitù che diconsi di pubblica utilità abbiano per obbietto la utilità d'un altro fondo; esse hanno l'intento di prov vedere ad un interesse pubblico. Esse possegono tuttavia un carattere di realità che le distingue dalle obbligazioni propriamente dette: il proprietario del fondo obbligato subisce le restrizioni che la legge impone al fondo che egli possiede e l'onere passa a tutti i detentori del fondo. I pesi che gravano un fondo ne diminuiscono il valore. Donde la questione di sapere se le servitù di utilità pubblica attribuiscono il diritto ad una indennità.

474. La controversia è risoluta dalla nostra legislazione in favore dello Stato. Spesso si è invocata contro lo Stato la di-

---

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1856, 4, 85.

sposizione della Costituzione a termini della quale nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica; e mediante una giusta e preventiva indennità. Stando alla nozione giuridica della servitù, bisognerebbe dire che ogni servitù essendo uno smembramento della proprietà, apporta per tal motivo una espropriazione parziale; ora, che vi sia espropriazione parziale o totale il diritto di proprietà è altrettanto sacro in ciascuno dei vari suoi attributi quanto nell'insieme delle facoltà che lo costituiscono. Dunque, si direbbe, il proprietario dev'essere indennizzato, tanto quando lo si priva d'una parte del suo diritto che quando gli si toglie il diritto intieramente. Le nostre leggi non ammettono questa teoria. L'art. 11 della Costituzione non fa che riprodurre l'art. 545 del codice; quest'ultima disposizione segue immediatamente la definizione che della proprietà porge il legislatore; e che dice l'art. 544? Incomincia per dichiarare che la proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta, ma aggiunge tosto « purchè non se ne faccia un uso proibito dalle leggi o dai regolamenti ». Vi sono dunque restrizioni alla proprietà stabilite dalle leggi e dai regolamenti. Perciò la proprietà non è un diritto assoluto, ma un diritto modificato nell'interesse della società, poichè le restrizioni di cui parla l'art. 544 sono imposte alla proprietà per uno scopo d'interesse generale; ecco precisamente ciò che il codice chiama servitù legali di pubblica utilità. Di che dunque il proprietario si dorrebbe quando s'impone al suo fondo uno di quegli oneri che chiamansi servitù? Dirà forse che lo si priva d'una parte del diritto? Non lo si può escludere certo da ciò che non possiede; ora, egli non ha il diritto assoluto che pretende di avere, ma soltanto un diritto suscettibile d'essere modificato nell'interesse generale. In conclusione, queste modificazioni e queste restrizioni costituiscono lo stato naturale della proprietà. E ciò si comprende. La vita sociale sarebbe impossibile se la proprietá fosse assoluta; essa deve talvolta venire sacrificata, ora all'ugual diritto degli altri proprietari, ora al diritto della società. Ecco perchè l'art. 544 nel definire la proprietà un diritto limitato dalle leggi e dai regolamenti, non aggiunge che il proprietario possa pretendere un indennizzo in forza di queste restrizioni. L'articolo seguente non accorda indennità che allorquando il proprietario è privato della sua cosa, e quegli il cui fondo è gravato d'una servitù di pubblica utilità non può già dire che viene escluso dal suo fondo poichè lo conserva, e lo conserva tal quale esiste nello stato di società (1).

475. Questa dottrina è stata riconosciuta quando si discusse la legge del 15 aprile 1843, relativa alla polizia delle strade

---

(1) Requisitoria di Leclercq, procuratore generale alla Corte di cassazione (*Pasicrisie*, 1845, 1, 405, e seg). Confronta innanzi, n. 461.

ferrate. Essa non accorda indennità per le servitù che crea a carico dei fondi adiacenti. Al Senato s'impugnò questo sistema come incostituzionale; fu proposto un emendamento per dare una indennità ai proprietari il cui diritto trovavasi limitato in virtù della nuova legge; ma la proposta non incontrò favore; i ministri la combatterono perchè sconvolgeva la nozione della proprietà quale è definita dal codice civile (1). La questione venne proposta innanzi ai tribunali in occasione delle servitù militari ed ha ricevuta la medesima soluzione. Queste servitù sono un carico oneroso e senza alcun compenso per chi lo sopporta; ma è un onere reclamato dal più possente di tutti i diritti, il diritto di conservazione. È vero che esso viene a gravare esclusivamente su talune città che sono consacrate alla difesa nazionale; ciò non impedisce che per sua natura sia generale, nel senso che qualunque città può divenire una piazza di guerra. Così le leggi non hanno aggiudicato indennità ai proprietari, e i tribunali hanno dovuto ricusarla alle parti lese (2).

476. Vi sono tuttavia dei casi in cui le servitù di pubblica utilità danno diritto ad un indennizzo. Noi li abbiamo menzionati enumerando le servitù, che la legge stabilisce nel pubblico interesse. Quando la legge stessa lo dice, non vi è dubbio. Solamente si può domandare perchè il legislatore accordi un'indennità per tali servitù, mentre di regola generale non ne consente. Non vi è in ciò alcuna ragione giuridica: dal punto di vista del diritto, non vi ha differenza fra le diverse servitù, tutte hanno per principio l'utilità pubblica. La disparità di trattamento non ha potuto essere richiesta che da considerazioni equitative; ma il solo legislatore è giudice dell'equità; ciò vuol dire che occorre una disposizione espressa perchè i proprietari possano reclamare una indennità. La Corte di Bruxelles va più oltre; essa ammette che si possa far luogo al compenso, « quando la servitù importa una invasione sulla proprietà, un attentato a diritti che esercita il proprietario » (3). Ciò ci sembra molto vago, e perciò molto arbitrario. Quando si può dire che la servitù invade la proprietà? In teoria, qualunque servitù restringe la proprietà serviente; dunque qualunque servitù darebbe diritto ad una indennità. Occorrerà « che attenti a diritti esercitati del proprietario »? Ancora una volta, qualunque servitù diminuisce i diritti del proprietario; in questo senso, qualunque servitù attenta ai suoi diritti. Una miniera è in esercizio, in un terreno libero d'ogni servitù. Lo Stato costruisce una ferrovia;

---

(1) *Moniteur belge* degli 11 e 12 aprile 1843.

(2) Sentenza di rigetto del 27 giugno 1845 della Corte di cassazione del Belgio (*Pasicrisie,* 1845, 1, 392) e del 7 luglio 1848 (*Pasicrisie,* 1849, 1, 25). Nel medesimo senso, sentenza di rigetto della Cassazione di Francia del 27 dicembre 1869 (DALLOZ, 1870, 1, 419).

(3) Bruxelles, 6 agosto 1862 (*Pasicrisie,* 1864, 2, 153).

in conseguenza di ciò cessa la facoltà di valersi della miniera, poichè il proprietario non può estendersi nel raggio gravato da servitù. Ecco certamente una invasione sulla proprietà, un attentato ad un diritto esercitato dal proprietario; tuttavia la Corte di Liegi ha benissimo deciso che non poteva reclamarsi l'indennità (1). Noi preferiamo dunque attenerci al principio rigoroso, come è formolato in una requisitoria del procuratore generale presso la Corte di cassazione che abbiamo avuto già occasione di citare. « L'indennità non è l'obbligo di una parte, nè il diritto dell'altra, essa non è che l'espressione di quella moderazione con cui un governo umano deve sempre esercitare i suoi poteri; per conseguenza non è dovuta che in virtù di una disposizione espressa » (2).

477. Da ciò consegue che se la servitù legale risulta da opere di pubblica utilità, non se ne tiene alcun conto nella valutazione dell'indennità che vien pagata ai proprietari espropriati i cui fondi son gravati dalla servitù. Egli è così specialmente quando i terreni sono espropriati parzialmente per la costruzione di una ferrovia, o di fortificazioni. I proprietari che si vedono nel contempo espropriati e gravati da servitù hanno fatto replicati sforzi per ottenere un compenso per le servitù che l'espropriazione sembrava loro imporre; ma hanno quasi sempre dovuto soccombere (3). Infatti, non è l'espropriazione il principio del deprezzamento subìto dai loro terreni; è l'interesse sociale che impone loro quest'onere; i loro vicini non espropriati lo subiscono altrettanto quanto essi, e se costoro non possono reclamare alcuna indennità, con qual diritto la domanderebbero i proprietari espropriati? (4) Sembra talvolta che l'equità militi in loro favore. Divenuti adiacenti ad una ferrovia, è loro proibito di esercitare in una zona deteminata le miniere e cave di pietra; è considerevole il pregiudizio che soffrono per questo divieto. E chi cagiona loro questo danno? non è forse lo Stato che li espropria? Si risponde, come noi abbiamo fatto or ora, che il solo legislatore può derogare allo stretto diritto per considerazioni di equità; non avendo la legge accordato alcun compenso, il giudice deve decidere secondo il rigore dei principii. Ora, perchè si faccia luogo ad indennità in caso di opere pubbliche, occorre un fatto reale di espropriazione; colui al quale è proibito di esercitare le miniere e le cave di pietra in una certa zona di terreno attraversata da una ferrovia, non è privato della sua proprietà, il suo diritto di godere è limitato; questa restri-

---

(1) Liegi, 30 aprile 1866 (*Pasicrisie*, 1866, 2, 297). Confronta Bruxelles 6 luglio 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 393).

(2) Leclercq, Requisitoria (*Pasicrisie*, 1845, 1, 405).

(3) Una sentenza di Bruxelles del 2 agosto 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 11) sembra loro favorevole.

(4) Gand, 30 novembre 1855 (*Pasicrisie*, 1856 .2, 76).

zione non è la conseguenza diretta dell'espropriazione; poichè non è stabilita nell'interesse dell'espropriazione, non ricavandone chi espropria alcuna utilità; se il proprietario non può più godere liberamente, è perchè vi si oppongono motivi d'interesse generale, e il diritto dell'individuo cede innanzi al diritto della società: per meglio dire, egli non ha neppure un diritto d'opporre alla società, poichè la condizione naturale della proprietà è di essere subordinata all'utilità pubblica in nome della quale la legge può sempre imporle delle restrizioni (1).

478. L'utilità pubblica, che è il principio dominante delle servitù imposte dall'interesse generale ai proprietari, ha un'altra conseguenza, che cioè questi oneri gravano anche sui beni appartenenti allo Stato, alle Provincie ed ai Comuni. Non vi è alcun dubbio quando si tratta del demanio privato dello Stato; questi beni sono soggetti alle regole generali della proprietà. É vero che non possono essere alienati che in virtù d'una legge, e la costituzione d'una servitù è una alienazione parziale. La risposta all'obbiezione è facile e perentoria: le servitù legali hanno la loro causa in una legge, è dunque in nome della legge che i beni dello Stato sono gravati di servitù. E' stato deciso, per applicazione di questi principii, che i boschi comunali sono soggetti alla servitù di passaggio che la legge del 1791 stabilisce sui fondi adiacenti ad una strada pubblica, nel caso in cui questa divenga impraticabile (2). Il prefetto di un dipartimento aveva fatto riparare un muro costruito sullo spazio riservato al marciapiede a sensi dell'ordinanza del 1669, egli avrebbe dovuto domandare il consenso della compagnia concessionaria del canale sugli orli del quale si trovava la proprietà del dipartimento; non avendolo fatto, era in contravvenzione; il dipartimento fu condannato, in persona del prefetto, all'ammenda (3). Non mancano ordinanze del Consiglio di Stato nel medesimo senso, in quanto concerne i beni comunali (4). La questione diviene però dubbia, quando si tratta di un bene appartenente al demanio pubblico. Abbiamo avuto prima d'ora occasione di occuparci di ciò (n. 130). In conformità alla nostra opinione è stato giudicato che i beni di spettanza del demanio comunale quantunque dichiarati imprescrittibili, sono soggetti al passaggio in caso d'interchiusura, e questa servitù è una vera servitù d'utilità pubblica, essendo stabilita nell'interesse dell'agricoltura (5).

---

(1) Bruxelles, 6 luglio 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 391); 9 febbraio 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 132); 12 febbraio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 116).

(2) Sentènza di rigetto resa dalle sezioni riunite il 21 novembre 1835 (Dalloz, alla parola *Forêts*, n. 704).

(3) Ordinanza del Consiglio di Stato del 23 luglio 1841 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 400).

(4) Vedi la giurisprudenza in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 401.

(5) Sentenza di rigetto del 7 maggio 1829 (Dalloz, alla parola *Action possessoire*, n. 454).

479. Si potrà, mediante private convenzioni, derogare alle leggi che impongono servitù di utilità pubblica? L'art. 6 del codice civile risponde alla questione; queste servitù sono d'interesse generale, quindi le leggi che le creano concernono l'ordine pubblico, prendendo questa espressione nel suo più largo significato; trova perciò applicazione l'art. 6. Tali sono le servitù stabilite dall'ordinanza del 1669 per la conservazione delle foreste. Si potrebbe credere che queste servitù, in quanto si applicano ai boschi appartenenti a privati, siano di privato interesse, e che per conseguenza i proprietari, soli interessati, possano rinunciare a garantie le quali non sono state introdotte che in loro favore. Ma la Corte di cassazione ha benissimo giudicato che l'ordinanza, per la natura e l'obbietto delle sue disposizioni, è una legge di polizia generale e d'ordine pubblico (1). Ciò decide la questione. La quale ha formato oggetto di una solenne discussione innanzi alle sezioni riunite della Corte di cassazione francese. La specie era quanto mai favorevole agli usuarii. Un contratto intervenuto fra il duca di Mazzarino e gli usuari della foresta di Mayenne permetteva a costoro di far pascolare le loro bestie in tutta l'estensione della foresta, fatta eccezione pei soli luoghi dove si trovassero alberi di sette anni o al disotto. Questa convenzione, opera di Colbert, derogava all'ordinanza. La Corte di cassazione la dichiarò nulla come contraria ad una legge d'ordine pubblico (2). In un'altra causa, gli usuari invocavano una transazione con la quale il signore aveva rinunciato ad ogni procedimento giudiziario contro gli autori dei delitti che potessero commettersi nelle sue foreste. Più la transazione era favorevole agli usuari, più era in opposizione con un principio fondamentale di diritto; non si può, neppure per ragioni d'umanità, derogare ad una legge d'ordine pubblico. La Corte di Bourges aveva creduto di dover fare eseguire la convenzione; la sua sentenza fu cassata (3). S'intende da sè che il medesimo principio sarebbe applicabile alle convenzioni che affrancassero i fondi limitrofi dalle servitù che li gravano a profitto dei boschi dello Stato e dei Comuni in forza del codice forestale.

---

(1) Sentenza di cassazione della sezione criminale del 22 giugno 1826 (Dalloz, alla parola *Forêts*, n. 1539, 4).

(2) Sentenza di cassazione del 19 novembre 1836 (Dalloz, alla parola *Forêts*, n. 1463).

(3) Sentenza di cassazione del 26 marzo 1847 della sezione criminale (Dalloz, 1847, 1, 350).

SEZIONE III. — Delle servitù legali stabilite per l'utilità dei privati.

§ I. — *Della comproprietà con comunione forzata.*

N. 1. — Principii generali.

480. Accade talvolta che una cosa si trovi affetta all'uso comune di due o più fondi appartenenti a diversi proprietari, e formi un accessorio indispensabile di questi fondi, di guisa che l'esercizio ne diverrebbe impossibile, od almeno sarebbe gravemente ostacolato se i proprietari interessati non potessero servirsi della cosa il cui uso è comune. Offriremo taluni esempi tratti dalla giurisprudenza.

Nell'antica provincia del Bearnese, è uso quasi generale che le case non sono separate da un muro comune; esse si trovano in uno stato completo d'isolamento e formano ciò che i Romani chiamavano *isole.* Si dà il nome di *viottolo* o *sentiero* all'angusto spazio di terra esistente fra le case. Questi *viottoli* sono destinati a ricevere le acque piovane che scolano dai tetti ed inservono al getto delle acque domestiche ed agli immondezzai. Tutto fa presumere, dice la Corte di Pau, che tali *viottoli* siano stati lasciati nell'interesse comune dei proprietari contigui, e che appartengano loro in comune, così come altrove sono comuni i muri che separano due edifici (1).

Nell'antica Provenza, diconsi *strade vicinali* o *di quartiere* le strade di privata proprietà le quali, attraversando più fondi, servono all'esercizio di tutti i fondi limitrofi, che esse mettono in comunicazione con le vie pubbliche che trovansi al principio ed al termine di esse. È a presumersi, dice la Corte di cassazione, che esse siano state stabilite, in origine, da tutti i vicini che vi avevano interesse, e costituiscono per conseguenza fra di essi una proprietà comune per tutta la loro estensione (2).

481. Una prima difficoltà, ed assai grave, si presenta in questa materia. Come potrà provarsi che le cose necessarie a più proprietari contigui sono loro comuni? Non possono essere proprietà esclusiva di uno dei vicini, e trovarsi gravate d'una servitù a vantaggio degli altri? Come potrà distinguersi la comproprietà dalla servitù? La proprietà può acquistarsi mediante prescrizione, mentre la servitù di passaggio non si prescrivo. Vi è dunque un possesso che può essere invocato dai proprie-

---

(1) Pau, 29 marzo 1867 (DALLOZ, 1867, 2, 144).
(2) Sentenza di rigetto del 20 febbraio 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 38?).

tari limitrofi, quello cioè che mena alla proprietà; e vi è un possesso che non può essere invocato, quello che condurrebbe alla servitù. Come distinguere queste due specie di possesso? Non avverrà che, non potendo giovarsi del possesso per l'acquisto della servitù di passaggio, i proprietari adiacenti se ne prevalgano per stabilire la proprietà a loro vantaggio? Noi abbiamo già esaminate siffatte questioni (1). La giurisprudenza, come vedremo, ha troncata la difficoltà creando delle presunzioni. È questo uno strano abuso di un mezzo facile, ma pericoloso di decidere le contestazioni. Il codice non gli concede fiducia maggiore di quella che esso consenta alla prova testimoniale, ed è ben noto come diffidi delle testimonianze (articolo 1353). All'infuori delle presunzioni dell'uomo, le quali non sono ammesse che allorquando il valore del litigio non oltrepassi i centocinquanta franchi, non vi sono altre presunzioni salvo quelle stabilite dalla legge; ora, dove è la legge la quale presuma che le cose necessarie a più persone appartengano loro in comune? La Corte di Pau invoca la presunzione di comunione che la legge stabilisce per i muri che separano due edifici. Ciò ha almeno una parvenza di argomento giuridico, ma non è che una parvenza: non è forse principio elementare che le presunzioni debbonsi sempre interpretare restrittivamente, e che non si possono giammai estendere da un caso all'altro, fosse anche per analogia?

Bisogna lasciar dunque da parte le pretese presunzioni, immaginate pel bisogno della causa, ed attenersi ai principii generali che regolano le prove. Spetta all'attore di provare il fondamento della sua dimanda. Egli si afferma proprietario; ebbene, lo dimostri. Ciò è difficile, sia pure, ma la difficoltà della prova non è una ragione per ricorrere a presunzioni sconosciute alla legge. Noi troviamo l'applicazione di questi principii in una sentenza della Corte di Bruxelles. I titoli invocati dalle parti erano oscuri, insufficienti. Bisognava procedere ad una visita peritale per constatare lo stato dei luoghi e nel contempo il possesso. Ora, fu provato che da tempo immemorabile esisteva fra due case uno di quelli angusti spazi che in Francia diconsi *ruelles* (*viottoli*) o *venelles* (*sentieri*). Fra gli altri usi, questo viottolo serviva a ricevere le acque piovane che scolavano dai tetti delle due case; a questo effetto era stato praticato un condotto in muratura scavato nel terreno in questione. Uno dei vicini reclamava la proprietà esclusiva del viottolo, ma non riusciva a dimostrare di aver mai compiuto qualche atto di proprietà esclusiva. Al contrario, lo stato dei luoghi ed un possesso immemorabile deponevano contro le sue pretese. Le fondamenta che esistevano sotto il viottolo non formando, se-

(1) Vedi, retro, nn. 164-168.

condo l'espressione dei periti, che uno spessore, erano comuni; quindi il condotto sovrapposto a queste fondamenta era altresì comune; e per conseguenza, il viottolo doveva essere considerato come tale. Per meglio dire, un possesso immemorabile constatava la comproprietà del terreno in questione (1).

482. Questa comproprietà trae forse seco una comunione forzata? Si legge in una sentenza della Corte di cassazione: « Ogni qualvolta fra due proprietà e due costruzioni principali, possedute principalmente da due diversi proprietari, esiste un oggetto accessorio, una dipendenza talmente necessaria all'esercizio di due proprietà principali, che, senza il suo possesso e godimento comune, le dette proprietà principali sarebbero di nessun uso o questo ne verrebbe notevolmente deteriorato, allora, per non sagrificare il principale all'accessorio, non v'è luogo a divisione del detto obbietto accessorio » (2). Nella specie, si trattava della dipendenza d'un molino il cui godimento comune era assolutamente necessario all'esercizio di due proprietà contigue. Le parti istesse avevano riconosciuta questa necessità, convenendo che non ne potrebbe essere domandata la divisione. È certo che questa convenzione non avrebbe impedita la domanda di divisione. Infatti, a termini dell'art. 815, « nessuno può essere astretto a rimanere in comunione, e la divisione può esser sempre domandata, non ostante proibizioni e *convenzioni* contrarie ». La convenzione era dunque nulla. Ma come può esservi comunione forzata, allorchè una disposizione d'ordine pubblico la vieta espressamente? La Corte di cassazione ha compreso la forza dell'obbiezione; la sentenza da noi trascritta aggiunge che « si reputa che i due proprietari rimangano, a questo riguardo, meno in uno stato di comunione che in quello di una *servitù reciproca* dell'uno verso l'altro ». Un'altra sentenza dice che questa comunione di talune parti degli oggetti divisi costituisce una servitù reciproca di uno dei proprietari verso l'altro (3). Ecco ciò che gli autori chiamano servitù d'indivisione. La parola è mal scelta; non può, nella specie, parlarsi di servitù, poichè manca ogni carattere di questo istituto giuridico (4). Sarebbe dunque un'obbligazione, ed un'obbligazione legale; ma come ammettere un'obbligazione legale senza legge? anzi un'obbligazione legale contraria alla espressa disposizione dell'articolo 815? Dire con la Corte di cassazione che non vi è comunione forzata, che vi è servitù reciproca, è contentarsi di parole.

---

(1) Bruxelles, 29 marzo 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 146). Confronta sentenza di rigetto del 10 gennaio 1842 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 1107, 2) e del 12 dicembre 1853 (Dalloz, 1854, 1, 346).

(2) Sentenza di rigetto del 10 dicembre 1823 (Dalloz, alla parola *Succession*, n. 1520).

(3) Sentenza di rigetto dal 21 agosto 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 33, 2).

(4) Aubry e Rau, t. II, p. 411 e nota 1. Confronta gli autori che vi sono citati.

La verità è che vi sono comproprietari i quali non possono domandare la divisione, dunque sono nello stato di comunione, e questa comunione è realmente forzata. Sorge ora la questione di sapere se l'art. 815 permette l'esistenza di una comunione forzata. Ciò ci sembra molto dubbio.

La sola ragione invocata dagli autori e dalla giurisprudenza è la necessità. È impossibile dividere la cosa comune, si suppone; se la divisione fosse possibile, l'art. 815 riprenderebbe il suo impero. Altrettanto impossibile è la vendita agli incanti; infatti, questa avrebbe per effetto di dare la proprietà esclusiva della cosa ad uno dei comproprietari, e come potrebbe l'altro coltivare il suo fondo, quando non possedesse più l'uso della cosa senza la quale la coltivazione è resa impossibile? A nostro parere, una impossibilità di fatto non può essere opposta ad una legge di ordine pubblico. Infatti, da che proviene questa impossibilità? In definitiva, proviene dalle parti. Se si voglia risalire all'origine della comproprietà dei viottoli, delle strade rurali, delle corti, che si troverà? Una convenzione che consacra una cosa ad un uso comune. Sono dunque le parti che, costituendo una proprietà, la rendono comune con l'effetto che la comunione sarà perpetua. Non si contravviene con ciò apertamente alla proibizione dell'art. 815? Invano s'invoca la necessità. Sono le parti interessate che hanno creata questa necessità. Prendiamo il caso che merita maggior favore. Si divide una casa e si lasciano comuni fra i condividenti il portone ed il cortile; è la specie sulla quale è intervenuta la sentenza della Corte di cassazione del 1832, e quella del 1823 ha per obbietto un caso presso a poco identico. Senza dubbio, dopo la divisione, diviene impossibile trar profitto delle due porzioni della casa senza l'uso comune del portone e del cortile. Ma chi ha posto i condividenti in questa necessità? Il loro proprio fatto. Essi hanno voluto dividere una cosa ch'era indivisibile, poichè non possedeva che un cortile ed una porta. Non era questa la via legale; quando una cosa è indivisibile, la si vende agli incanti (art. 1686). In luogo di farne la licitazione, i comproprietari trovano utile di mantenere la comunione pel cortile ed il portone dividendo la casa; essi si pongono quindi, di loro spontanea volontà, in una condizione imbarazzante. Infatti, eccoli proprietari ciascuno d'una casa senza porta esclusiva e senza cortile; essi possiedono in comune queste cose indispensabili. Ma se uno di essi domanda la divisione della porta e del cortile, l'altro che risponderà? che vi è comunione per necessità? È egli stesso che si è posto in questa necessità, egli deve quindi sopportarne le conseguenze. La conseguenza non può essere che dipenda da colui che ha volontariamente creata una comproprietà, di renderla comune in perpetuo ad onta del legislatore.

Il più delle volte la necessità che s'invoca non esiste neppure. Dov'è la necessità di avere un *viottolo* per scaricarvi le

acque piovane? La legge vi ha provveduto permettendo ai proprietari di lasciarle scorrere sulla pubblica via. Quanto alle acque domestiche, spetta alle autorità locali di provvedere al loro getto. Occorre aggiungere che le latrine possono e debbono essere praticate in ciascuna casa? Nella maggior parte delle provincie, simili viottoli (*venelles*) sono affatto sconosciuti; la pretesa necessità che richiede la loro comunione proviene dunque ancora da un fatto volontario. Egli è lo stesso delle *strade vicinali*. La necessità di un passaggio non esiste che laddove vi è un'interchiusura, ed il codice vi ha provveduto. Noi non intendiamo contestare l'utilità che può esservi, in talune circostanze, ad usare delle cose comuni per mezzo d'una indivisione obbligatoria. Ma dacchè l'articolo 815 vieta la comunione forzata per motivi d'ordine pubblico, il solo legislatore avrebbe potuto ammettere un'eccezione. Non vi è eccezione senza legge; sopratutto non può esservene allorchè si tratta di derogare ad una legge d'ordine pubblico.

483. Quali sono i diritti dei comproprietari? Essi hanno, certamente, i diritti che appartengono, in generale, a tutti i comunisti. Essi sono proprietari, possono quindi usare della cosa, impiegarla a tutti gli usi cui è destinata per sua natura; si applicano dunque ai comunisti i principii che regolano la proprietà, non già quelli molto più ristretti che governano l'esercizio delle servitù. Ma i comunisti non sono proprietari esclusivi, sono comproprietari, e ciascuno ha un diritto eguale sulla cosa; donde segue che il diritto dell'uno è necessariamente limitato dal diritto dell'altro, nel senso che l'uno non può usare della cosa comune in modo da impedire agli altri di usarne, o da attentare al loro diritto. É questa la regola generale per qualunque comunista. Riceverà essa qualche modificazione nel caso della comunione forzata? Lo si pretende: ciascuno, si dice, può usare della totalità della cosa comune e delle sue diverse parti, come di cosa a lui appartenente (1). Se la comunione fosse realmente forzata, si potrebbe dire che è nata dal bisogno che ciascuno dei comunisti aveva di tutta la cosa, e per conseguenza delle sue diverse parti, che ciascuno dev'essere quindi considerato come se fosse solo ed unico proprietario. Ma il punto di partenza stesso è discutibile. Noi non ammettiamo che vi sia comunione forzata. Tuttavia vi è una lieve differenza tra la comproprietà di cui parliamo e la comproprietà ordinaria. Che sia o no forzata, sempre è certo che essa ha avuto origine solo perchè tutti i comunisti avevano un egual bisogno della cosa che mettono o lasciano in comune; essa è loro necessaria pel totale, dunque possono usarne per la totalità; ed

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 412. Confronta Caen 24 agosto 1843 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 764, 2).

il giudice deve, nella decisione delle contestazioni che insorgono fra di essi, mostrarsi più largo che se si trattasse d'una comunione ordinaria. Ecco, ci sembra, una differenza che risulta dalla natura di questa comproprietà: ciascuno ha un diritto più esteso, ma per ciò appunto ciascuno deve anche tollerare di più dall'altro comproprietario, ed il magistrato non ascolterà facilmente le loro doglianze: essi debbono sopportare questi inconvenienti, poichè ognuno li cagiona a sua volta.

484. Noi applicheremo il principio alla comproprietà d'un viottolo o d'un cortile. Si domanda se ciascuno dei vicini possa praticare nel suo edificio luci o finestre, senza osservare le disposizioni ristrettive degli articoli 676 e seguenti. Ci sembra che occorra consultare anzitutto la destinazione della cosa comune, poichè il principio è che ciascuno dei comunisti ha diritto di servirsene per l'uso cui è destinata. Se trattasi d'un cortile non vi è punto dubbio; esso è destinato a dar l'aria e la luce agli edifizii contigui; l'intenzione dei proprietari che lo lasciano in comune è dunque che ciascuno possa aprire sul cortile quelle luci che stima opportune. Noi versiamo nel caso previsto dagli articoli 676 e seguenti. Il codice suppone delle proprietà esclusive i cui padroni hanno, a tenor di principio, il diritto di opporsi all'apertura di finestre sopra il loro fondo; mentre, nella specie, due proprietari hanno lasciato in comune un cortile che deve procurare a ciascuno l'aria e la luce; essi derogano adunque, col patto di comunione, alle restrizioni che trovano il loro fondamento nella proprietà esclusiva: senza dubbio, ne risulteranno inconvenienti pel comproprietario, ma egli deve sopportarli, poichè, da sua parte, può cagionarli al vicino (1). Lo stesso principio dovrà essere applicato ai viottoli? E' piuttosto una questione di fatto che di diritto, giacchè l'intenzione delle parti è ciò che la decide. Non può dirsi *a priori* ed in modo assoluto, che i viottoli servano al passaggio, e non a procurare l'aria e la luce agli edifici contigui, come non si può neppure affermare il contrario. Nel dubbio, bisognerà quindi pronunciarsi pel diritto più largo come ha fatto appunto la giurisprudenza (2).

La Corte di cassazione avea dapprima applicata la legge in modo affatto restrittivo, nel senso che il comproprietario d'un viottolo non potrebbe avervi vedute dirette, se non lasciando uno spazio di diciannove decimetri (sei piedi) tra l'edificio in cui sono praticate e la linea mediana del viottolo (3). Era una falsa

---

(1) Precitata sentenza di Caen e di Angers, 26 maggio 1847 (Dalloz, 1847, 4, 447). Confronta Demolombe, t. XII, n. 565.

(2) Bourges, 13 dicembre 1831 (Dalloz, alla parola *Commune*, n. 1441). Confronta Aubry e Rau, t. II, p. 414, nota 15.

(3) Sentenza di rigetto del 5 maggio 1831 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 765). Confronta nel medesimo senso, gli autori citati da Aubry e Rau, t. II, p. 413 nota 14.

interpretazione della teoria della comproprietà; precisamente perchè il viottolo è una proprietà comune, non si può dire doversi presumere che la proprietà di ciascuno dei comunisti non si estende oltre alla metà di questo, bensì lo comprende tutto intiero; la finestra ha quindi luce nel tempo istesso sulla proprietà di chi la ha aperta e sopra quella del suo vicino. Ciò vuol dire che la questione non deve decidersi coi principii che restringono il diritto d'aprire finestre a motivo della proprietà esclusiva dei vicini, sibbene con quelli più larghi che scaturiscono dalla comproprietà. La Corte di cassazione è ritornata sulla sua giurisprudenza. Nella nuova specie, il viottolo aveva la larghezza di ventisette decimetri. Uno dei proprietari elevò il suo edificio e praticò delle finestre sporgenti sul viottolo. L'altro comunista reclamò; egli diceva, poggiandosi sulla anteriore giurisprudenza della Corte, che il fondo del vicino cominciava dalla linea fittizia che divide il viottolo in due parti eguali; il viottolo non avendo che ventisette decimetri di larghezza, le nuove finestre non si trovavano alla distanza legale di diciannove decimetri. Ma con ciò si veniva a portare la controversia sul terreno della proprietà esclusiva regolata dall'articolo 678. Occorre, dice il relatore Mesnard, che essa sia ricondotta sul terreno della proprietà. Quando una cosa è comune, il godimento dei comunisti comprende tutte le modalità comportate dalla sua natura e dalla sua destinazione. Il diritto di ciascun comunista è completo sulla totalità e sopra ciascuna parte, e può esercitarsi senz'altri limiti che l'eguale diritto degli altri comunisti. Qual'è la destinazione d'un viottolo? La legge non gliene attribuisce alcuno, come fa in caso di comunione del muro; si suppone che la convenzione delle parti non abbia limitato l'uso ad una speciale destinazione; quindi il proprietario ha facoltà d'aprirvi delle finestre, potendo l'altro comunista usare del medesimo diritto. Nella specie, non poteva esservi dubbio, poichè il comunista che avea aperto le finestre possedeva già una porta ed una finestra che aprivano sul viottolo; era dunque dimostrato che questo serviva a ricevere l'aria e la luce: il che decideva la questione. La Corte sentenziò che uno dei comproprietari della cosa comune può usarne liberamente, purchè non ne immuti la destinazione legale o convenzionale, e non attenti al diritto reciproco di godimento dell'altro comunista (1).

485. Il diritto dei comunisti è limitato dall'eguale diritto dei comproprietari. Qual'è questo limite? E' stato giudicato che uno dei comproprietari non può senza il concorso degli altri, o senza una decisione dell'autorità giudiziaria resa in contradditorio di

(1) Sentenza di rigetto del 31 marzo 1851 (DALLOZ, 1851, 1, 256). Confronta sentenza di rigetto del 10 novembre 1845 (DALLOZ, 1846, 1, 139), e le sentenze riferite da DALLOZ alla parola *Servitude*, n. 764, n. 1 e 3.

costoro, mutare lo stato dei luoghi (1). Questa sentenza non dice già che i comunisti non possano fare alcuna innovazione, ma vuole solamente che colui il quale si propone di fare dei cangiamenti domandi il consenso degli altri proprietari, salvo a rivolgersi alla giustizia, dove questi lo ricusassero. Possono dunque operarsi delle innovazioni ad onta dell'opposizione dei comunisti. In effetti, fare dei cangiamenti, delle migliorie, è un diritto del proprietario: ora, il comunista è proprietario, ed innovando non esce dal proprio diritto; ma non essendo proprietario esclusivo, deve esercitare il suo diritto in modo da non nuocere agli altri. Costoro hanno dunque diritto di reclamare, non già pel semplice fatto della novità, ma solo quando questa cagiona loro un pregiudizio; se il loro diritto non è leso nè diminuito, non hanno ragione di dolersi. Ai tribunali è attribuito, in questa materia, un potere di conciliazione che risulta dalla natura delle cose. Egli è così nelle contestazioni che insorgono tra i rivieraschi sull'uso delle acque, poichè quest'uso è altresì una specie di comproprietà, implicando un diritto eguale (articolo 645). Altrettanto è a dirsi della comproprietà indivisa. E' difficile che uno dei comproprietari apporti dei mutamenti senza che ne risulti qualche inconveniente per gli altri, non fosse altro che uno spostamento nelle loro abitudini. Sarà però sufficiente un minimo pregiudizio a conferir loro l'azione? La Corte di Metz ha saggiamente deciso che i tribunali debbono tener calcolo tanto dei vantaggi che l'innovazione produce per l'uno, quanto degli inconvenienti che ne risultano per gli altri, ed autorizzare o proibire, di conformità, il proseguimento delle opere (2).

Alla stregua di questi principii bisogna decidere la questione se i comproprietari possono servirsi della cosa comune a profitto di beni diversi da quelli che hanno motivata la comunione. All'atto d'una divisione, i condividenti lasciano in comune un terreno perchè serva di passaggio; potranno valersene anche per l'esercizio di fondi che non sono compresi nella divisione? Se da questa estensione del diritto di comproprietà risulta qualche pregiudizio per gli altri comunisti, costoro non vi si possono opporre. È un diritto del proprietario di fare della sua cosa quell'uso che gli conviene; questo diritto però, in caso di comproprietà, deve conciliarsi con quello degli altri comunisti. Se, estendendo l'uso a beni che non furono contemplati nello stabilimento della comunione il comproprietario nuoce agli altri comunisti, vi è uso abusivo, ed i tribunali lo dovranno reprimere (3).

---

(1) Sentenza di rigetto del 17 novembre 1840 (Dalloz, alla parola *Servitude* n. 921).

(2) Metz, 6 febbraio 1857 (Dalloz, 1857, 2, 196). Nel medesimo senso, Caen, 23 aprile 1847 (Dalloz, 1849, 5, 362).

(3) Parigi, 6 novembre 1863 (Dalloz, 1863, 2, 212).

486. Gli oneri dei comproprietari sono comuni, ciò non è dubbio; si domanda in quale proporzione. A primo aspetto, si potrebbe credere che avendo ciascuno un egual diritto sulla totalità della cosa, gli oneri debbano essere sopportati secondo lo stesso principio d'eguaglianza, vale a dire per la metà senza prendere in considerazione il valore delle due proprietà. Infatti, la cosa comune offre il medesimo vantaggio e produce la medesima utilità ai due proprietari; quindi l'onere deve essere strettamente eguale. L'opinione contraria prevale nella dottrina e nella giurisprudenza. Essa è basata sul testo del codice. L'articolo 664, di cui ci occuperemo, decide che quando i diversi piani di una casa appartengono a diversi proprietari, le cose comuni, come i muri maestri ed il tetto sono a carico di tutti i proprietari, ciascuno in proporzione del piano che gli appartiene, quantunque queste cose giovino a tutti (1). Ma non si potrebbe obbiettare che il caso regolato dall'articolo 664 è affatto speciale? Diremo più innanzi che la massima del codice è fondata sull'equità. Nel caso che noi supponiamo, d'un cortile o d'un viottolo comune, l'equità esige, al contrario, una eguale divisione degli oneri, poichè eguali sono gli utili. È vero che quando si tratta d'un passaggio, si può dire che esso giovi di più a quello il cui fondo ha maggior valore, nel senso che essendo questo fondo più esteso, darà luogo, in generale, ad un passaggio più frequente. I tribunali potranno tener conto delle circostanze particolari di ciascuna causa, poichè non sono vincolati da un testo di legge. La regola sarebbe dunque questa: ciascuno dei comunisti contribuisce agli oneri secondo il suo interesse ed è compito dei tribunali il risolvere, in ciascuna specie, qual sia questo interesse.

N. 2. — Del caso previsto dall'articolo 664.

487. L'articolo 664 suppone che i diversi piani d'una casa appartengano a diversi proprietari. Ciascun piano forma oggetto d'una proprietà esclusiva, ma vi sono delle cose comuni; il codice cita i muri maestri ed il tetto, e noi diremo fra breve come ve ne siano anche delle altre. Sotto questo rapporto, l'ipotesi dell'articolo 664 rientra in quella della comproprietà. Ma è una specie particolare. Nel Belgio non dev'essere in uso, poichè nelle collezioni di giurisprudenza non troviamo alcuna decisione sulla materia. Parecchie consuetudini francesi ne parlano; Basnage dice che nelle campagne questa condizione di cose si

(1) Demolombe, t. XI, p. 513, n. 448; Aubry e Rau, t. II, p. 414, nota 18. ..ione, 5 febbraio 1834 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 924).

verifica di sovente. L'uso si è conservato in talune località (1), ma non ha alcuna importanza. Checchè ne dicano i comunisti, la società moderna s'allontana sempre più dalla comunione, lungi dal tendervi come ad un ideale. Ciò che gli uomini ricercano ed ambiscono, è un angolo di terra in cui siano padroni di accomodarsi un nido a loro piacimento: noi diveniamo ogni giorno più individualisti. La comunione è un'eccezione che diverrà sempre più rara. È questa una ragione per sorvolare rapidamente sulla singolarità giuridica di cui si occupa l'art. 664.

488. Noi diciamo che vi è comproprietà; ma su cosa essa cade? Non già sulla casa stessa, poichè la legge dice che «i diversi piani della casa appartengono a diversi proprietari»: ciascun piano forma dunque l'obbietto d'una proprietà particolare, e sono bene i diversi piani che compongono la casa. Tuttavia perchè siavi una casa, occorre un suolo, occorrono fondamenta, mura, un tetto; ecco cose senza delle quali non vi sono piani, non vi è edificio: a chi appartengono? Non più certamente al proprietario del pianterreno che a quello del primo piano o di un piano superiore; occorre dunque che appartengano a tutti, poichè tutti ne hanno bisogno. Il codice non lo dice, ma ciò risulta dalla forza delle cose; l'articolo 664 dice solamente che i muri maestri ed il tetto sono a carico di tutti i proprietari, il che implica che sia comune anche il diritto sopra tutte queste cose. É stato deciso, in applicazione di questi principii, che il suolo su cui la casa è costruita è proprietà comune di tutti, poichè è necessario per tutti i piani (2). Possono esservi ancora altre cose comuni, come la cantina, la soffitta, il cortile, il pozzo, la latrina: ciò dipende dal titolo che costituisce questa comunione (3).

489. Secondo il testo del codice, vi è dunque nel contempo proprietà particolare, divisa per i diversi piani, e comproprietà in comune per talune cose che sono necessarie a tutti. Donde segue che i diritti e gli obblighi dei proprietari debbono essere determinati sui principii che regolano la proprietà e la comproprietà. Su questo punto, che è capitale, vi è qualche incertezza nella giurisprudenza. Si legge in una sentenza della Corte di Grenoble che l'articolo 664 stabilisce tra i diversi proprietari piuttostochè una società o proprietà comune, una servitù reciproca (4). La differenza fra i due principii è grande. Come dice la Corte di Grenoble, se vi è servitù si deve restringerla nei limiti tracciati dal titolo che tratta delle *servitù*; mentre se vi è proprietà e comproprietà, bisogna applicare le regole molto più larghe tracciate dal codice nel titolo della *Proprietà*, e

(1) Demolombe, t. XI, p. 494, n. 425 *bis*.
(2) Sentenza di rigetto del 22 agosto 1860 (Dalloz, 1860, 1, 443).
(3) Aubry e Rau, t. II, p. 415 e note 20-23, e le autorità che vi sono citate.
(4) Grenoble, 15 giugno 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 918, 2).

quelle che, in mancanza di questo, vengono, intorno alla comproprietà, delineate dalla dottrina; ora i comproprietari hanno diritti più estesi di coloro che godono soltanto d'una servitù. Cujacio lo ha già notato, e la cosa è evidente (1); i comunisti sono proprietari, essi hanno dunque un diritto d'usare e di disporre che non si può riconoscere a coloro i quali non hanno che uno smembramento della proprietà. Importa che l'interprete abbia un principio certo; si tratta di proprietà e di comproprietà, ovvero di una servitù?

La Corte di Grenoble non porge altra ragione in appoggio della sua dottrina, se non quella che l'articolo 664 è collocato nel titolo delle *Servitù*. Cattivo argomento, poichè precisamente nel capitolo delle servitù legali, ove trovasi l'articolo 664, non non vi è che una sola disposizione la quale consacri una vera servitù, cioè quella che stabilisce una servitù di passaggio a favore delle proprietà interchiuse. La sezione 1.ª, specialmente, che contiene l'articolo 644, tratta della comunione dei muri; forse che questa è una servitù? Se si vuole argomentare dalla classificazione del codice, bisogna dir piuttosto che l'articolo 644, collocato frammezzo alle disposizioni relative alla comunione dei muri, deve anch'esso riferirsi ad una specie di comproprietà.

Un'altra sentenza incomincia col dire che il diritto dei proprietari d'una casa, divisa come suppone l'articolo 644, è una comproprietà, indi soggiunge che il passaggio stabilito da questo articolo da una scala all'altra è evidentemente una servitù, essendo un onere imposto sul primo piano per l'uso e l'utilità del secondo piano appartenente ad un altro proprietario. Se è una servitù, è una servitù legale, poichè la legge mette la scala di ciascun piano a carico del proprietario del piano cui conduce. Ora, le servitù, e sovratutto quelle legali, debbonsi interpretare restrittivamente (2). È vero che la legge dice che il proprietario del primo piano provvede alla scala che vi conduce, ma non decide così che in mancanza di titoli, e per prevenire le difficoltà inestricabili cui avrebbe dato luogo, sia la riparazione sia la ricostituzione di ciascuna scala. Non è dunque una disposizione di massima, ma una quelle norme, come se ne trovano tante nel codice, che hanno per obbietto d'impedire le liti. Dopo tutto, la legge non pronuncia mai la parola servitù, e si potrebbe sostenere, come si è fatto, che le scale appartengono in comune a quelli che se ne servono, quantunque non tutti contribuiscano egualmente alle spese ad esse relative (3).

490. Il codice non si spiega sugli oneri comuni e sugli oneri

(1) Cujacio, sulla legge 38 D., *de comuni divid.* (X, 3), Opere t. IV, p. 121 ediz. di Lyon.
(2) Aix, 26 aprile 1845 (Dalloz, 1845, 2, 114).
(3) Duranton, V, p. 384, n. 331.

particolari; ed inoltre esso è, su questa materia, affatto incompleto. Esso pone a carico di tutti i proprietari i muri maestri ed il tetto. Questo principio s'applica naturalmente a tutte le cose il cui uso è comune, come agli oneri che gravano sulla casa come tale; l'imposta fondiaria è un onere comune, essendo annessa alla casa. In qual proporzione i diversi proprietari contribuiscono ai pesi comuni? Ciascuno li sopporta, dice l'art. 644, in proporzione del valore del piano che gli appartiene. È questa una disposizione ispirata all'equità. Secondo il diritto stretto, gli oneri comuni dovrebbero essere sopportati, non in proporzione del valore dei piani, ma in proporzione del numero degli aventi diritto; forse che ciascun piano non ritrae il medesimo vantaggio dal tetto, qualunque sia il suo valore? Quanto alle cose il cui uso è comune, ma delle quali l'uno più dell'altro si serve, l'onere dovrebbe essere proporzionato all'uso; ma questo regolamento sarebbe stato difficilissimo ed avrebbe dato luogo a contestazioni quotidiane; il codice le ha prevenute decidendo giusta l'equità che ciascun proprietario contribuisce secondo il valore del piano che occupa, per conseguenza secondo la sua fortuna presunta (1).

Quanto agli oneri particolari, il codice dispone che il proprietario di ciascun piano provvede al pavimento sul quale cammina; che il proprietario del primo piano ha il carico della scala che vi conduce; che il proprietario del secondo piano fa il tronco di scala che va dal primo al suo piano, e così di seguito. Quest'ultima disposizione non è molto equa quando la soffitta è comune, poichè il proprietario del pianterreno si servirà di tutte le scale senza per nulla contribuire alle spese. Vi è un onere di cui la legge non parla, cioè la contribuzione personale, detta imposta delle porte e finestre; siccome l'aliquota dipende dal numero delle porte e finestre, e dal valore dei mobili come dallo ammontare della pigione, è giusto che sia ripartita fra i diversi proprietari secondo queste basi (2).

491. Il codice nulla dice dei diritti di cui godono i diversi proprietari. Esso suppone che i diversi piani *appartengano* loro.

Questa parola implica un diritto di proprietà, diritto assoluto esclusivo. Bisogna dire dunque con la Corte di cassazione, che i proprietari del pianterreno e dei piani superiori abbiano ciascuno la proprietà assoluta della parte della casa che loro appartiene (3). Qui non può essere questione di servitù, nè di comproprietà; vi sono di fronte più proprietari, ciascuno è signore e padrone nel suo piccolo dominio, nel quale può fare ciò che vuole; il suo diritto non ha altro limite che quello del di-

---

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 415, note 24 e 25. Duranton, t. V, p. 281, n. 346. Demolombe, t. XI, p. 495, n. 427-430.

(2) Aubry e Rau, t. II, p. 416, e note 26 e 27, e le autorità che vi sono citate.

(3) Sentenza di rigetto del 22 agosto 1860 (Dalloz, 1860, 1, 444).

ritto dei suoi vicini; i loro rapporti sono regolati dai principii generali, secondo i quali la proprietà dell'uno è necessariamente limitata dalla proprietà dell'altro.

Non è lo stesso del diritto che i diversi proprietari hanno sulle cose comuni: si tratta qui d'un diritto di comproprietà. Ora la comproprietà, se conferisce diritti più estesi di quelli che nascono dalla servitù, non è così assoluta quanto la proprietà esclusiva. Si dice del proprietario che ha il diritto di abusare, non si può dire ciò certamente del comunista; poichè abusando, distruggerebbe, e per conseguenza violerebbe un diritto eguale al suo, quello degli altri comproprietari. L'articolo 544 dice altresì che il proprietario ha il diritto di godere delle cose nella maniera più assoluta. Non può più parlarsi di un diritto assoluto, quando una cosa appartiene in comune a più persone; avendo ciascuna un diritto eguale, il diritto dell'una modifica necessariamente quello dell'altra, nel senso che l'una non può far della cosa comune un uso che comprometta l'identico diritto degli altri.

492. I principii sono certi, ma l'applicazione è assai malagevole poichè trattasi d'un diritto che nulla ha di definito, che da una parte interessa la libertà del proprietario e dall'altra subisce delle restrizioni, come se fosse una servitù. Vi è un altro scoglio in questa specie singolare: i proprietari dei diversi piani hanno nel contempo un diritto assoluto sul piano che loro appartiene ed un semplice diritto di comproprietà sulle parti della casa che sono comuni a tutti. Bisogna ben guardarsi dal confondere questi due diritti che si esercitano dalla stessa persona sulle diverse parti d'una medesima casa. Noi avvertiamo la difficoltà perchè su questo punto la giurisprudenza è molto confusa. La Corte di Caen doveva decidere la questione di sapere se il proprietario del pianterreno potesse stabilirvi una caldaia a vapore. Essa la risolse negativamente pel motivo che la divisione d'una casa per piani fa nascere delle obbligazioni fra i comproprietari; che il proprietario dell'uno dei piani non può usarne in modo da arrecar pregiudizio ai proprietari degli altri piani (1). Con ciò si viene ad applicare il principio della comproprietà alla *proprietà esclusiva,* poichè il proprietario di ciascun piano ha un diritto assoluto, come ha detto la Corte di cassazione; ora, chi usa del suo diritto non cagiona alcun danno fino a quando non viene a ledere un diritto. È dunque coi principii della *proprietà* e non con quelli della *comproprietà* che la questione doveva essere risoluta.

In un'altra specie, il proprietario del pianterreno domandava di poter formare archi di bottega in luogo delle finestre prima esistenti; il tribunale ordinò una perizia, e la Corte decise che il

---

(1) Caen, 25 novembre 1848 (DEMOLOMBE, t. XI, p. 504, n. 438).

proprietario di ciascun piano poteva, per vero, farvi delle innovazioni, ma a condizione che non ne risultasse danno nè pericolo per i proprietari degli altri piani. La parola *danno* è troppo vaga, come abbiamo detto: si tratta di un proprietario esclusivo che può fare nella sua proprietà ciò che vuole, purchè non leda i diritti degli altri; ora, un semplice danno non è la lesione d'un diritto (1).

Bisogna aggiungere un'altra restrizione la quale risulta dal fatto che questo proprietario esclusivo è altresì comproprietario del suolo, delle fondamenta, dei muri, del tetto e, in un certo senso, della scala. Nella porzione di casa che gli appartiene, egli può fare ciò che vuole, ma non può disporre delle cose comuni, se non come comproprietario. La sua qualità di comunista limita dunque i suoi diritti di proprietario. È secondo questo principio che bisogna decidere la questione assai controversa di sapere se il proprietario del piano superiore possa innalzarlo. Noi non esitiamo a pronunciarci per la negativa. Elevare è costruire, e non vi è che il proprietario del suolo il quale possa costruire; ora, il suolo è proprietà comune, dunque sarebbe necessario il consenso di tutti i proprietari perchè la casa potesse essere elevata. La giurisprudenza è molto scissa ed incerta sovra siffatta questione. In una decisione della Corte di Grenoble, si legge che il proprietario del piano superiore può fare in quello ciò che gli piace, salvo che la innovazione cagioni un pregiudizio agli altri (2). La questione è mal posta; poichè chi sopraeleva, per quanto piccola sia l'elevazione, usa del suolo, delle fondamenta e dei muri, agisce quindi come comproprietario e non come proprietario esclusivo; ha egli il diritto, nella sua qualità di comunista, di costruire? Ecco la vera difficoltà. La Corte di Parigi ha sentenziato che il proprietario del piano superiore può innalzarlo, poichè non fa che usare del suo diritto di proprietà (3). Un'altra Corte ha immaginata una servitù a carico del proprietario del pianterreno, e che consiste nel sopportare questi piani; da ciò conchiude che non può farsi alcuna innovazione che renda più gravosa tale servitù (4). Ci sembra che non occorra di essere architetti, per asserire che la Corte si è ingannata: chi sostiene i piani suferiori, non è già il pianterreno, ma il suolo, le fondamenta ed i muri; ora tutte queste cose sono comuni, non si può dunque far questione d'una servitù, ma dell'uso d'una cosa comune da parte di uno dei comunisti. La Corte d'Aix ha contestata in modo assoluto

---

(1) Grenoble, 15 giugno 1832 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 918, 2.°). Nello stesso senso, Nimes, 3 dicembre 1839 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 918, 3°).

(2) Grenoble, 12 agosto 1828 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 920, 1.°) e 26 novembre 1821 (*ibid.*, n. 921, 1.°).

(3) Parigi, 17 marzo 1838 (Dalloz, alla parola *Propriété*, n. 385).

(4) Rouen, 22 maggio 1840 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 920, 2.°).

tale facoltà, per ciò che la elevazione aggraverebbe la servitù di passaggio che colpisce le scale (1). Noi abbiamo già confutata questa erronea interpretazione. La stessa disparità d'opinione che troviamo nella giurisprudenza tien divisa anche la dottrina (2). Ci siamo addentrati nel dettaglio di questi dissensi per mostrare quanto importi stabilire principii certi, senza i quali il diritto rassomiglia ad una nave priva di alberi e di governo.

493. Se la casa è distrutta o minaccia rovina, i comproprietari sono obbligati a ricostruirla? Su tale questione regna ugualmente l'incertezza. É stato deciso che la demolizione e la ricostruzione dei muri è una riparazione necessaria ed indispensabile al godimento della cosa comune ed alla conservazione della casa, che per conseguenza dev'essere sopportata da tutti (3). Anche qui si verifica la confusione che abbiamo segnalata fra il diritto di proprietà e quello di comproprietà. Non vi è casa comune, non può quindi parlarsi dell'obbligo di conservarla. Se uno dei proprietari non vuol sopportare le spese di ricostruzione, con qual diritto gli altri ve lo costringerebbero? Non vi è alcun vincolo fra di loro, nè di obbligazione, nè di comproprietà: non può esservi dunque alcuna obbligazione. Non vi è altra comproprietà che quella del suolo, dei muri, e del tetto; questa comproprietà è l'accessorio di quella di ciascun piano; ora il principale ben dipende dall'accessorio, e se il proprietario della cosa principale non vuole ricostruirla, ne ha il diritto. Rimangono le cose comuni: nella specie, il suolo ed i materiali; questi saranno divisi, o venduti ai pubblici incanti (4).

§ II. — *Della medianza* (mitoyenneté).

N. 1. — Definizione.

494. La medianza è la comproprietà, per parti indivise, d'un muro, d'un fosso o d'una siepe, che servono di separazione e di confine tra due fondi contigui. Secondo questa definizione, la medianza costituisce una vera comunione con indivisione forzata. La legge non dice in modo formale che vi sia una comunione obbligatoria, con deroga espressa all'articolo 815, il quale permette di chiedere sempre la divisione d'una cosa co-

---

(1) Aix, 26 aprile 1845 (Dalloz, 1845, 2, 114).
(2) Vedi le diverse opinioni in Demolombe, t. XI, p. 502, n. 437. Confronta Aubry e Rau, t. II, p. 416 e nota 31 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 921).
(3) Nimes, 4 febbraio 1840 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 930).
(4) È questa l'opinione di Demolombe, t. XI, p. 505, n. 440, seguita da Aubry e Rau, t. II, p. 417 e nota 32. Confronta Duranton, p. 388, n. 347.

mune; ma ciò risulta implicitamente dallo articolo 656 (1). Questo articolo suppone che il comproprietario d'un muro comune voglia dispensarsi dal contribuire alle riparazioni e ricostruzioni. Se egli avesse il diritto di domandare la divisione, il mezzo sarebbe ben semplice; si dividerebbe il muro, ed egli ne potrebbe demolire la parte che trovasi sopra il suo fondo, mentre la legge dice invece che egli deve abbandonare il diritto di medianza, ed insieme la proprietà del suolo su cui il muro è costruito. Questa deroga ad un principio d'ordine pubblico si comprende assai facilmente. La comunione forzata in generale è vista con sfavore, per le ragioni che svolgeremo al titolo delle *Successioni;* mentre la medianza merita tanta protezione, che il codice permette a ciascuno, nelle città e nei sobborghi, di costringere il vicino a costruire un muro comune ed a ripararlo (art. 663), e consente al proprietario del fondo contiguo ad un muro di renderlo comune contro la stessa volontà del padrone (art. 661). Egli è perchè i vantaggi che presenta una chiusura, anche comune, sono così grandi che gli inconvenienti della comunione scompaiono. Nelle città, è questa condizione di sicurezza e di tranquillità. Nelle campagne, non esiste lo stesso motivo d'interesse generale: perciò la costruzione d'una cinta comune è facoltativa; ma presenta sempre il non lieve vantaggio di delimitare i fondi, e d'impedire per conseguenza le usurpazioni e contestazioni tra vicini. Senza dubbio una chiusura che fosse esclusiva d'uno dei vicini offrirebbe i medesimi beneficii; ma il valore del terreno e le spese di costruzione ne distorrebbero spesso i proprietari; diminuendo queste spese della metà, la medianza rimuove tale ostacolo; essa favorisce dunque la chiusura, e questa, anche con comunione forzata, è preferibile all'avere dei fondi aperti.

495. Vi sono altre differenze tra la medianza e la comunione ordinaria. Questa è volontaria, mentre nelle città e nei sobborghi la medianza è forzata, come abbiamo detto; e dappertutto, tanto nelle campagne quanto nelle città, il proprietario d'un muro può essere costretto a cederne la comunione, il che costituisce una specie di espropriazione per causa di utilità privata; in realtà, però, vi è vera utilità pubblica, poichè la medianza è un elemento d'ordine e di pace.

La legge favorisce ancora questa specie di comunione accordando ai vicini un mezzo assai facile di prova; non occorre loro nè titolo, nè possesso; pei muri, i fossi, le siepi, bastano semplici presunzioni. Avendo ciascuno dei vicini il medesimo interesse alla costruzione d'una cinta, la legge ha stabilito come presunzione fondata sopra una probabilità, che ogni chiusura esistente sulla linea di separazione di due fondi si presume comune (art. 653, 666 e 670).

---

(1) DEMOLOMBE, t. XI, p. 340, n. 310. AUBRY e RAU, t. II, p. 417, nota 3.

Infine la legge favorisce la medianza, attribuendo ai comproprietari diritti più estesi di quelli che godono in generale gli altri comunisti. Quando una cosa è comune, uno dei proprietari non può fare innovazioni senza il consenso degli altri; al contrario, la legge permette al comproprietario d'un muro comune d'innalzarlo. Questa differenza non può spiegarsi che mediante il favore che il legislatore ha voluto accordare alla medianza (1).

N. 2 — Dei muri comuni.

1. — Quando i muri sono comuni.

496. Un muro è comune quando due vicini lo hanno fatto costruire a spese comuni sulle estremità dei loro fondi, o quando, avendolo uno dei vicini innalzato sul limite del proprio fondo, l'altro ne ha acquistata da lui la comunione. La medianza è dunque essenzialmente volontaria, vale a dire convenzionale. Non si diviene proprietario che per voler proprio; anche la comproprietà esige un concorso di volontà. Nell'antico diritto, i paesi regolati dalle leggi romane non conoscevano altra comunione all'infuori di quella risultante dai contratti. Non bastava che uno dei vicini volesse avere una chiusura in comune; occorreva il consenso dell'altro: se costui non avesse voluto concorrere alla costruzione di un muro comune, o cedere la comunione d'un muro di cui aveva la proprietà esclusiva, il vicino doveva rinunciarvi, e costruire sovra il suo fondo un muro che gli appartenesse nella totalità. È questa l'applicazione rigorosa dei principii romani: ogni proprietario è padrone assoluto della cosa sua, e ne fa ciò che vuole. Nei paesi retti secondo il diritto consuetudinario, l'interesse pubblico che si connette alla chiusura aveva introdotto una restrizione al diritto esclusivo di proprietà: uno dei vicini poteva costringere l'altro, sia a costruire un muro comune, sia a cedergli la comunione d'un muro che a quello appartenesse. Gli autori del codice hanno adottato su questo punto i principii della consuetudine di Parigi: essi considerano la medianza come un dovere di buon vicinato. Perciò, dice l'Esposizione dei motivi, tal forma di comunione è giustamente classificata fra le servitù *legali* (2). Ciò non si applica però che ai muri, poichè i fossi e le siepi rimangono sotto l'impero del diritto comune. Ed anche per la comunione dei muri non è esatto dire che essa costituisca una

---

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. 1, p. 767 e seg.
(2) Berlier, *Esposizione dei motivi*, n. 11 (Locré, t. IV, p. 180).

vera servitù. La cessione forzata della proprietà è per vero una restrizione di questa; ma non ogni restrizione apportata alla proprietà è una servitù. Se così fosse, bisognerebbe dire che la proprietà non è mai libera, essendo essa sempre, per sua stessa natura, assoggettata a restrizioni, come abbiamo detto più addietro; ora, ciò che forma lo stato naturale della proprietà non può essere considerato come servitù.

Nulla abbiamo a dire dell'acquisto della comproprietà mediante convenzione volontaria. Si applica il diritto comune (1). Noi non dobbiamo trattare che le deroghe al diritto comune, relative alla costruzione forzata d'un muro comune, od all'acquisto forzato della comunione.

a) Della costruzione forzata d'un muro comune.

497. L'articolo 663 prescrive: « Ciascuno può costringere il suo vicino a concorrere nelle spese di costruzione o di riparazione dei muri di cinta che separano le rispettive case, i cortili e i giardini situati nelle città e nei sobborghi ». Essendo questa disposizione limitata alle città ed ai sobborghi, importa determinare quali comuni s'intendano formare una città, e sin dove s'estendano i sobborghi. É opinione generale che appartenga al governo decidere se il tal comune è o non una città, e se le tali abitazioni fanno parte d'un sobborgo ovvero d'un comune rurale. Noi non vediamo su qual fondamento poggi questa opinione. Quando è in giuoco un interesse amministrativo, spetta senza dubbio al governo di statuire. Ma, nella specie, il potere amministrativo è fuori causa, trattandosi d'imporre taluni oneri ai privati; essendo la questione puramente di interesse privato, i soli tribunali hanno facoltà di risolverla. Chè anzi ci sembra che se pur fosse intervenuto un atto amministrativo, questo non vincolerebbe il magistrato, essendo quello affatto estraneo agli interessi che costui è chiamato a regolare. A più forte ragione, i tribunali in difetto di qualunque atto amministrativo, non debbono rinviare la decisione all'autorità amministrativa. Non avendo la legge classificato i comuni, nè determinato i caratteri ai quali deve riconoscersi una città, la questione diviene di fatto. Nulla vi è di assoluto in questa materia. I tali comuni prosperano e aumentano a vista d'occhio, i tali altri languiscono e deperiscono: i giudici decideranno se-

(1) E stato deciso, in applicazione di questo principio, che allorquando il proprietario di due case contigue dispone di una delle case, senza che il contratto contenga alcuna riserva riguardo al muro di separazione, questo muro diviene comune (Bruxelles, 26 maggio 1824, nella *Pasicrisie*, 1824, pag. 133).

condo le circostanze (1). È stato giudicato che la parola *città* importa l'idea d'una popolazione numerosa cui sono uniti dei pubblici istituti, per l'armonia dell'associazione generale e dei bisogni civili e commerciali. In applicazione di questo principio, la Corte di Rennes ha deciso che un comune il quale contava soltanto da dodici a quindici mila anime, che non aveva altri istituti oltre quelli che trovansi nei semplici borghi, non possedeva ciò che caratterizza una città (2). La definizione ci sembra troppo ristretta; non è tanto la cifra della popolazione quanto le occupazioni cui questa si dedica ciò che deve risolvere la difficoltà: se i lavori sono principalmente agricoli, il comune è rurale: se sono commerciali od industriali, è una città.

Vi è maggior difficoltà ancora sul distinguere il sobborgo dalla campagna. Là dove, come nel Belgio, non vi è più cinta daziaria, dunque nè porta, nè fossato, non esiste più il sobborgo propriamente detto. Ma la difficoltà non è che spostata; fino a qual punto si estende la città? le abitazioni più o meno isolate che trovansi all'estremo limite appartengono esse alla città od alla campagna? Nei luoghi dove la popolazione si accresce rapidamente, le città spingono i loro confini sino ai comuni rurali; si dovranno questi comprendere nella città? Tutto si riduce ad una questione di fatto; ciò che era comune rurale ieri, può divenire città oggi. I tribunali decideranno nel caso dell'articolo 663, come decidono, in fatto, nel caso dell'articolo 974 (3). È stato giudicato che i comuni limitrofi a Bruxelles, come Anderlecht, non sono sobborghi della città (4).

498. Dall'articolo 668 risulta che ciascuno è libero di chiudere o no i suoi fondi. La chiusura è, a rigor di principio, un diritto di mera facoltà, di cui si usa o non si usa, secondo le proprie convenienze. La chiusura forzata è dunque una eccezione e, come tale, di rigorosa interpretazione (5). Quali sono le ragioni della differenza che la legge stabilisce tra le città e le campagne? Nella discussione troviamo una frase che ci pone sulla via di conoscere le ragioni di questa differenza. Tronchet dice che l'altezza del muro dev'essere sufficiente per garantire la *sicurezza* di entrambi i vicini (6). La medianza forzata è dunque una questione di sicurezza. Infatti, dice Duranton, la sicurezza

---

(1) Vedi in senso diverso gli autori citati da Aubry e Rau, t. II, p. 231 e nota 2, e da Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 550 e 551.

(2) Rennes, 9 marzo 1820 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 551.

(3) Confronta Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 552 e 553.

(4) Bruxelles, 19 dicembre 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 80). Confronta le sentenze del tribunale di Bruxelles del 25 marzo 1841 e 29 giugno 1852 (*Belgique judiciaire*, t. X, p. 957).

(5) Limoges, 20 marzo 1822 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 553).

(6) Seduta del Consiglio di Stato del 4 brumaio anno XII, n. 23 (Locré, t. IV, p. 168).

delle persone e delle proprietà è più facilmente esposta nelle città che nelle campagne, in causa della prossimità delle abitazioni, dell'estensione della popolazione e dell'importanza delle cose che possono essere rubate. Ecco perchè l'altezza dei muri aumenta in ragione della cifra della popolazione; più la ricchezza mobiliare è grande, più vi è pericolo, e le garanzie debbono crescere coi rischi (1).

Se questo è il motivo della comunione forzata, bisogna concludere che essa è d'ordine pubblico, e che, per conseguenza, le parti interessate non potrebbero derogare alla legge. Nondimeno, la questione è controversa e non manca qualche dubbio in proposito. Ci sembra che la natura stessa di questa obbligazione dimostri che essa è d'ordine pubblico. Si tratta d'una deroga al diritto di proprietà, d'una restrizione al diritto facoltativo di chiudere i propri fondi. Questa restrizione non è imposta per ragioni d'interesse privato; la legge non interviene a regolare gli interessi individuali, perchè nessuno li conosce meglio degli individui stessi. Se dunque essa permette ad uno dei vicini di costringere l'altro a costruire un muro comune, ciò dev'essere per causa di pubblica utilità. Ora, si può concepire che il legislatore dica ai proprietari contigui: « Uno di voi può costringere l'altro a costruire un muro comune, perchè lo esige la sicurezza delle proprietà; tuttavia io vi permetto di rinunziare a ciò che può farsi vostro malgrado, e di convenire che i vostri fondi saranno aperti? » Si obbietta che se la chiusura fosse d'ordine pubblico, l'autorità amministrativa dovrebbe avere il diritto di ordinarla; mentre invece il codice ne lascia l'iniziativa alle parti interessate. Vi è, infatti, qualche cosa di illogico nel rendere forzata la chiusura perchè è d'ordine pubblico, e nel permettere ai vicini di non chiudere i loro fondi. Tuttavia grande è la differenza tra il non chiudere ed il convenire, a titolo di servitù, che non vi sarà chiusura. Quest'ultima convenzione lede apertamente l'ordine pubblico; poichè viene ad ammettere che si possa rinunziare a chiudere il proprio fondo ancorchè la mancanza di chiusura favorisca i ladri; ora ben si possono trascurare i propri interessi, ma non è lecito di prestar mano al furto.

Vi è un'altra obbiezione. Se l'art. 663 è l'ordine pubblico, si dice, non deve esser permesso di derogarvi neppure in quanto concerne l'altezza dei muri. Il codice dice che l'altezza del muro comune sarà fissata secondo i regolamenti particolari o gli usi riconosciuti e costanti; in mancanza d'uso o di regolamento, il muro comune deve avere l'altezza determinata dall'art. 663, la quale varia secondo la cifra della popolazione, come si può vedere nel testo. Questa disposizione ha dato luogo ad un'ampia

(1) Duranton, t. V, p. 330, n. 319. Nel medesimo senso, Demolombe, t. XI, p. 425, n. 378.

discussione in seno al Consiglio di Stato. Bérenger la criticò dicendo che essa vincolava, senza alcuna ragione, la libertà dei proprietari; Treilhard rispose che, quando i vicini fossero d'accordo, potevano dare al muro l'elevazione che loro piacesse; gli altri membri del Consiglio, che presero parte alla discussione, furono del medesimo parere. « Se è libero ai vicini, dice Tronchet, di fare quelle convenzioni che meglio loro aggradano, non vi è più difficoltà ad ammettere che il muro possa essere di un'altezza determinata, sufficiente per la sicurezza di entrambi i vicini » (1). Perciò le parti interessate possono derogare all'articolo 663, in quanto concerne l'altezza dei muri; perchè nol potrebbero in quanto riflette la stessa chiusura? Rispondiamo che la differenza è grande; l'altezza precisa del muro è una disposizione arbitraria; non si può dire che l'ordine pnbblico sia compromesso quando il muro ha un centimetro di meno, mentre esso è in pericolo quando non vi ha affatto chiusura. Noi interpretiamo la legge senza giustificarla: una disposizione assoluta, quantunque arbitraria, sarebbe stata preferibile alla libertà delle convenzioni, che egualmente conduce all'arbitrio (2).

Vi è una sentenza in senso contrario della Corte di Rennes, ma non ha alcun valore dottrinale, poichè la Corte si limita ad asserire senza porgere alcun motivo in appoggio della sua opinione, che l'obbligazione imposta dall'art. 663 non è di diritto pubblico (3). Un'affermazione non è una prova.

499. L'art. 663 stabilisce il principio della chiusura forzata per le case, i cortili, ed i giardini. Questa numerazione è restrittiva? La Corte di Bordeaux aveva ammessa l'affermativa; la sua sentenza è stata cassata, e con ragione. E' vero che la disposizione dell'art. 663 è eccezionale, e si potrebbe perciò invocare il principio secondo cui qualunque eccezione devesi interpretare restrittivamente. Abbiamo qui una prova di quanto importi applicare gli adagi giuridici secondo lo spirito che li ha dettati. Senza dubbio la chiusura forzata è una eccezione, ma i motivi che l'hanno determinata provano che essa deve trovare applicazione per tutti i fondi urbani, qualunqe sia la loro natura. La sicurezza delle persone e dei beni sarà forse meno esposta se uno dei fondi è un cantiere anzichè un cortile, ovvero un passaggio invece di un giardino? In questo senso l'eccezione forma una regola generale, e l'interpretazione di questa regola deve essere estensiva. Ciò è ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza (4). Pur tuttavia la Corte di Limoges ha

---

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 4 brumaio, anno XII, n. 20-23 (Locré, t. IV, p. 168).

(2) Demolombe, t. XI, p. 425, n. 378 e p. 440, n. 483 *bis*. In senso contrario, Toullier, t. II, p. 68, n. 162; Aubry e Rau, t. II, p. 231 e nota 5.

(3) Rouen, 24 febbraio 1844 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 561).

(4) Aubry e Rau, t. II, p. 231 e nota 1, e le autorità che cita. Sentenza di cassazione del 14 maggio 1828 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 554, 1).

deciso che l'art. 663 non è applicabile quando uno dei fondi sia una prateria, e ciò in causa della sua estensione e della sua natura (1). Noi non vediamo che cosa l'art. 663 possa aver di comune colla estensione e la natura dei fondi urbani; non è questo introdurre nel testo una distinzione respinta dai termini e dallo spirito della legge?

Vi è un motivo di dubitare che ha sedotto la Corte di cassazione del Belgio (2); cioè che l'art. 663 è tratto dall'antico diritto; ora, le disposizioni delle consuetudini erano restrittive, od interpretate in un senso restrittivo. La Corte del resto nega che la chiusura forzata sia d'ordine pubblico; essa non vi vede fuorchè una restrizione puramente d'interesse privato, e per conseguenza della più stretta interpretazione. In quest'ordine d'idee, l'art. 663 sarebbe inapplicabile, ancorchè uno dei fondi fosse un cantiere o un passaggio. Noi non ammettiamo il punto di partenza, e rigettiamo le conseguenze. Quanto all'antico diritto, non avrebbe autorità, se non quando fosse provato che gli autori del codice vollero mantenerlo col suo senso restrittivo. Ora, lo ripetiamo, nulla trovasi nei lavori preparatori a questo riguardo; bisogna dunque attenersi al testo interpretandolo restrittivamente se vi si vede una eccezione d'interesse privato, ed estensivamente se vi si vede una regola d'interesse generale; ma è affatto illogico l'ammettere l'interpretazione restrittiva e farvi poi eccezione per taluni fondi soltanto come i prati. È ciò che ha fatto la Corte di Limoges e dietro di essa, Demolombe (3).

500. Perchè sia applicabile l'art. 663, occorre che i fondi siano contigui. Questa condizione risulta dal testo e dallo spirito della legge. Il codice dice che ciascuno può costringere il suo *vicino* alla costruzione dei recinti *che separano le loro case*. E' dunque il recinto che divide le case, ciò che implica che i due fondi non sono separati da un terreno intermedio. Ciò posto, di qual recinto si tratta? Di un muro comune, ovvero come dice l'art. 663, di un *muro di separazione;* ora, la medianza suppone la contiguità, essa non si concepisce quando i fondi sono vicini senza essere contigui. In applicazione di questi principii è stato giudicato che non può farsi luogo alla costruzione forzata del muro quando due proprietà sono separate da un sentiero comune. Uno dei proprietari domandava la costruzione, a spese comuni, di un muro comune sulla linea che separava il fondo del suo vicino dal sentiero comune. La sua pretesa fu respinta dalla Corte di Parigi, e, prodotto ricorso contro la sen-

---

(1) Limoges, 26 maggio 1838 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 554, 2). Confronta una sentenza del tribunale d'Epernay del 26 giugno 1868 (Dalloz, 1870, 3, 40).

(2) Sentenza di cassazione del 24 aprile 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 1, 310).

(3) Demolombe, t. XI, p. 439, 382. In senso contrario, Lepage, *Lois des bâtiments*, t. I, p. 103 e seg.

tenza da questa profferita, anche dalla Cassazione. Tal sentenza era suffragata da diverse ragioni. I due fondi non erano contigui, il che era già decisivo. Come dice benissimo la Corte, l'art. 663 ha per iscopo la tranquillità pubblica e la sicurezza reciproca tra vicini; non può ricever dunque applicazione se non nel caso di due proprietà contigue. Ora, nella specie, non vi era contiguità. Non bisogna confondere questo caso con quello di cui abbiamo parlato or ora. La Corte di cassazione ha deciso che la costruzione del muro poteva essere richiesta anche a vantaggio d'un terreno che costituiva un semplice passaggio (n. 449), ma si trattava di un passaggio appartenente in modo esclusivo al vicino che reclamava la costruzione del muro comune; vi era dunque contiguità, mentre, nella nuova specie, il passaggio era comune, e per tale motivo non si poteva domandare la chiusura forzata, poichè con ciò si sarebbe tolta al vicino la possibilità di comunicare colla sua proprietà alla quale egli non poteva recarsi se non usufruendo di quel passaggio (1).

501. L'art. 663 dice che la *chiusura* è forzata. Che cosa è questa chiusura? Il seguito dell'articolo lo spiega; è un *muro di separazione*. Se dunque esistesse una siepe fra due fondi, non si avrebbe una chiusura nel senso dell'art. 663; uno dei vicini potrebbe costringere l'altro a surrogare la siepe con un muro costrutto a spese comuni (2). La legge nulla decide in quanto ai materiali che debbono essere adoperati, nè in quanto al modo di costruzione; per questi dettagli che variano da una città all'altra, la legge si rimette tacitamente alle usanze locali (3). Noi abbiamo già parlato dell'altezza del muro.

Vi è qualche difficoltà quando i fondi giacciono in un suolo di altezza ineguale. Verrà data al muro l'altezza prescritta dalla legge, prendendosi per base il terreno più basso? In questo caso, sul terreno più elevato il muro non avrà l'altezza legale. Che se l'altezza del muro si calcola secondo il suolo superiore, esso verrà a sorpassare l'altezza legale sul suolo inferiore; donde una questione di diritto e di spese. Ci sembra incontestabile che il muro debba avere una altezza tale, da rispondere sul terreno più elevato alle prescrizioni della legge; e dal momento che il muro è comune per l'intiero, le spese debbono essere comuni; ciò è dell'essenza stessa della comunione (4). Pardessus aggiunge una riserva: il proprietario del fondo superiore potrebbe, egli dice, offrirsi a livellare il suo terreno in guisa che il muro di separazione abbia dalla sua parte l'altezza legale. Infatti, il ri-

---

(1) Sentenza di rigetto del 1.° luglio 1857 (DALLOZ, 1857, 1, 400). Confronta Bruxelles, 29 marzo 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 146).

(2) Amiens, 15 agosto 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 504, 1.°). Gand 24 maggio 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 2, 211). Liège, 1° febbraio 1836 (*Pasicrisie* 1836, 2, 19)

(3) Sentenza di rigetto del 3 agosto 1836 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 568)

(4) Caen, 13 maggio 1837 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 565).

sultato di questo abbassamento del suolo sarebbe che il muro avrebbe l'altezza prescritta dalla legge; è tutto ciò che si può esigere. In questi sensi si è pronunziata la Corte d'Angers (1).

502. Quando uno dei vicini reclama la costruzione di un muro comune, può l'altro usare del diritto accordato dall'art. 556? A termini di questo, ogni comproprietario di un muro comune può dispensarsi dal contribuire alle riparazioni e ricostruzioni abbandonando il diritto di comunione. Si domanda se il comproprietario può usare di questo diritto nelle città in cui, secondo l'art. 673, la chiusura è forzata. La questione è assai controversa; la giurisprudenza e la dottrina sono divise. La Corte di cassazione ha sempre deciso che il diritto consacrato dall'articolo 650 essendo generale, assoluto, riceve la sua applicazione tanto nelle città quanto nelle campagne; ma le Corti d'appello resistono, e la maggior parte degli autori si pronuncia per l'opinione contraria (2).

La Corte di cassazione invoca il testo dell'art. 656, testo generale ed assoluto, che non distingue tra le città e le campagne; e non si può introdurre questa distinzione nella legge, poichè gli articoli 653 e 655 dei quali l'art. 656 è la conseguenza la respingono formalmente. Nelle *città* e *campagne*, dice l'art. 653. L'art. 655, che mette la ricostruzione e la riparazione a carico di tutti coloro che vi hanno diritto, si riferisce all'art. 653, dunque si applica alle città. Fa seguito l'art. 656, che permette di affrancarsi da quest'onere, mediante l'abbandono della medianza; questo abbandono è adunque di diritto comune. Infatti, è l'applicazione di un principio generale, consacrato dall'articolo 699: il proprietario serviente può sempre affrancarsi dall'onere cui è tenuto come detentore di un fondo serviente, abbandonando questo fondo al proprietario di quello cui la servitù è dovuta.

Nell'opinione contraria si risponde, e la risposta ci sembra perentoria, che il testo dell'art. 663 è così assoluto, e talmente imperativo che resiste a qualunque interpretazione che pretendesse limitarlo permettendo al proprietario di sottrarsi alla chiusura forzata mediante l'abbandono della medianza. «Ciascuno, dice la legge, può *costringere* il suo vicino a costruire un muro che separi le loro case, cortili o giardini». Che diviene questo diritto di *costringimento* nella dottrina della Corte di cassazione?

---

(1) Pardessus, t. 1, p. 361, n. 150. Angers, 23 aprile 1819 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 504, 1.°). Confronta Demolombe, t. XI, p. 441, n. 384.

(2) Demolombe, t. XI, p. 427, n. 369 e le autorità che cita. In senso contrario, Aubry e Rau, t. II, p. 232 e nota 6. Sentenze della Corte di cassazione del 29 dicembre 1819 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 503, 1°), del 5 marzo 1828 (*ibid.*, n. 503, 2.°), del 3 dicembre 1862 (Dalloz, 1862, 1. 503) e del 7 novembre 1864 (Dalloz, 1864, 1, 474). Confronta Bruxelles, 17 dicembre 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 42). Vedi, in senso contrario, le sentenze riferite da Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 503.

Esso scompare per far luogo ad una opzione; il proprietario cui è stato intimato di contribuire alla costruzione di un muro comune, ha la scelta, o di consentire, o di ricusare abbandonando la medianza, vale a dire il terreno sul quale il muro deve essere elevato, poichè supponiamo che non sia ancor costrutto. Si può dire col codice che il vicino abbia il diritto di *costringere* il suo vicino a costruire un muro comune, allorchè costui avrebbe il diritto di ricusare il proprio concorso? Di tal modo non si interpreta la legge, ma la si crea, e, nella specie, la si abroga. Se colui che si vuol costringere, in forza dell'art. 663, a costruire un muro comune, non vi può essere costretto, si cancella l'art. 663.

Si obietta che l'art. 656 è pur esso assoluto, e che, riferendosi agli articoli precedenti, s'applica tanto alle città quanto alle campagne. Sia pure, vi sono due disposizioni assolute: è questa ragione sufficiente per cancellarne una? Se si trattasse di due leggi emanate in epoche diverse, neppure si ragionerebbe così; il primo dovere dell'interprete sarebbe di conciliarle fra loro. A maggior ragione bisogna veder di conciliare due disposizioni di un medesimo codice, di uno stesso titolo, di una stessa sezione. Si può concepire forse che l'art. 656 deroghi all'art. 663? La conciliazione è semplicissima. Vi è una chiusura volontaria ed una chiusura forzata; gli articoli 653, 655 e 656, non parlano che della chiusura volontaria; mentre l'art. 663 si riferisce alla chiusura forzata. E perchè è essa obbligatoria? Per motivi di ordine pubblico. Questi motivi escludono la facoltà d'abbandono. Si comprenderebbe che il legislatore dicesse che un proprietario può essere costretto dal vicino a costruire un muro comune, per garentire la pace e la sicurezza, e che nondimeno permettesse ai vicini di sottrarsi a quest'onere, e per conseguenza di compromettere l'ordine pubblico? Ciò risponde all'argomento che la Corte di cassazione trae dall'art. 699. Senza dubbio chi non è tenuto che come detentore della cosa può sottrarsi all'onere abbandonando la cosa in forza della quale è obbligato, ma ciò suppone che si tratti di un onere d'interesse privato; ora, la Corte di cassazione proclama in tutte le sue sentenze che la costruzione forzata del muro è di ordine pubblico; si può forse rinunciare ad un onere che è di ordine pubblico?

Nelle sue prime sentenze, la Corte di cassazione invocava altresì la discussione seguìta in seno al Consiglio di Stato; le sentenze del 1862 e del 1864 non fanno più menzione di questo argomento, che ha fuorviato i valenti interpreti di Zachariae. Ecco ciò che è avvenuto. Importa anzitutto di ricordare che il progetto sottoposto al Consiglio di Stato non stabiliva la chiusura forzata; esso si limitava a fissare l'altezza dei muri comuni che sarebbero costruiti o ristabiliti per l'avvenire (art. 25). Bérenger osservò che questa disposizione opprimeva inutilmente la libertà dei proprietari. S'impegnò una discussione sull'altezza

dei muri: si doveva stabilirla nella legge? o era più opportuno rimettersi agli usi locali? Berlier fece notare che l'articolo proposto sarebbe riuscito di più facile esecuzione qualora vi si fosse detto espressamente che il proprietario cui si è intimato di contribuire alla costruzione del muro comune può dispensarsene rinunciando alla comunione, e cedendo la metà del terreno su cui il muro dev'essere costruito; questo diritto d'opzione esisteva in parecchie consuetedini. Tronchet rispose che questa modificazione era già formulata nell'art. 656. Ecco l'interpretazione autentica della legge, si dice. Se si fosse discusso sul senso e sulla portata dell'art. 663 che stabilisce la chiusura forzata, e se il Consiglio di Stato avesse adottata l'opinione di Tronchet con un voto, noi ammetteremmo l'autorità che si annette alla discussione. Ma la costruzione forzata del muro, quantunque supposta da Berlier, non era ancora scritta nel codice. Fu Bigot-Préameneu che per il primo ne mosse l'osservazione. Indi si ritornò alla discussione sull'altezza del muro di separazione. E che cosa decise il Consiglio? Il rinvio alla sezione di legislazione (1). Ecco quale è la discussione che si pretende decisiva. A dire il vero, la questione che noi agitiamo non fu dibattuta al Consiglio di Stato; fu solo incidentalmente che Tronchet emise un'opinione sul significato dell'art. 656; questa opinione rimase isolata, non vi si ritornò più. L'interpretazione che si attribuisce al Consiglio altro dunque non è che il parere d'uno dei suoi membri. Qualunque sia il nostro rispetto per l'autorità di Tronchet, diamo la preferenza al testo ed allo spirito della legge.

503. Chi costruisce un muro di chiusura sul suo fondo può costringere il suo vicino ad acquistarne la comunione? Anche una tale questione è controversa, ma a noi non sembra dubbia, poichè il testo la risolve. Esso permette a chi voglia costruire un muro comune di costringere il suo vicino a contribuirvi; spetta a lui di usare di questo diritto, se vuole una chiusura comune. Se non ne usa, non può in seguito esercitare un diritto che la legge non gli accorda, vale a dire costringere il suo vicino ad acquistare la comunione. Invano si dice che questo ultimo diritto è una conseguenza del primo. Non appartiene che al legislatore dedurre questa conseguenza, poichè si tratta di diritti affatto eccezionali, di derogazioni al diritto di proprietà ed alla libertà dei proprietari; queste restrizioni debbono interpretarsi il più ch'è possibile restrittivamente: ciò decide la questione. Si è immaginato non so qual mandato in virtù del quale il proprietario che costruisce avrebbe costruito in nome del suo vicino. Noi abbiamo creduto fin qui che il mandato fosse

(1) Seduta del Consiglio di Stato del 4 brumaio, anno XII, nn. 20-24 (Locré, t. IV, p. 168).

volontario; sembra che vi sia altresì un mandato forzoso. Sono queste posizioni affatto gratuite che gli autori escogitano per le necessità della causa e delle quali preghiamo i nostri giovani lettori a diffidare (1).

Vi è nondimeno un caso in cui chi ha costruito un muro può costringere il suo vicino ad innalzarne uno nuovo. Si supponga che il muro, il quale era proprietà esclusiva d'uno dei vicini, cada in rovina; in questo caso, non vi è più muro che separi i due fondi, e per conseguenza si rientra nel testo e nello spirito dell'art. 663. La Corte di Bruxelles ha deciso così, e ciò non presenta alcun dubbio (2).

b) *Del diritto di acquistare la comunione*

1. — Condizioni.

504. L'art. 661 prescrive: « Ogni proprietario contiguo ad un muro ha pure la facoltà di renderlo comune in tutto od in parte rimborsando al padrone del muro la metà del totale del suo valore, o la metà del valore della parte che vuol rendere comune, e la metà del valore del suolo sopra cui il muro è costruito ». Secondo il rigore dei principii, l'acquisto della comunione dovrebbe essere volontario; gli autori del codice lo hanno considerato come un dovere di buon vicinato; l'esposizione dei motivi dice che si vollero prevenire i rifiuti dettati dal malumore o dal capriccio. Berlier confessa che quegli cui vien domandata la comunione può avere interesse a ricusarla (3); perchè dunque la legge sacrifica questo interesse ed obbliga il vicino a cedere mal suo grado la comproprietà d'un muro che egli è interessato a conservare? La sola ragione che troviamo negli autori, è che si evita con ciò la costruzione di muri inutili, la perdita di terreno che essi avrebbero cagionato; nel contempo vien data alle abitazioni maggiore sicurezza e si rende più gradevole l'aspetto delle città (4). Quest'ultimo motivo non è che secondario, poichè la legge si applica tanto alle campagne, quanto alle città; nelle città, del resto, vige il principio della chiusura forzata; ma l'interesse generale, il quale domanda che non si perda un terreno prezioso in costruzioni inutili, basta per giustificare la disposizione dell'art. 661, poichè l'interesse generale prevale sempre sulle convenienze private.

---

(1) Vedi le diverse opinioni in AUBRY e RAU, t. II, p. 233, e nota 7, e in DALLOZ alla parola *Servitude*, n. 567.
(2) Bruxelles, 17 maggio 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 247).
(3) BERLIER, Esposizione dei motivi, n. 11 (LOCRÉ, t. IV, p. 180).
(4) DURANTON, t. V, p. 342, n. 321.

505. Poichè questa specie di espropriazione è fondata sopra un interesse generale, ne segue che colui il quale domanda la cessione della medianza non è tenuto a provare che egli abbia un interesse qualunque nel divenire comproprietario; non gli si può opporre neppure la prescrizione, poichè non si prescrive contro l'interesse pubblico. Parimente colui che è proprietario esclusivo non può invocare l'interesse che avrebbe a conservare il suo diritto nella sua integrità. Egli ha delle luci nel suo muro; quando questo sarà divenuto comune gliene si dimanderà la soppressione; avrebbe dunque il massimo interesse a ricusare la cessione; è precisamente per questo motivo che la legge ve l'obbliga. Ma il legislatore non ha spinto forse troppo oltre il favore che accorda alla medianza? Noi lo crediamo, ma bisogna accettare la legge quale essa è, con tutte le sue conseguenze. Il confronto dell'art. 661 coll'art. 194 della consuetudine di Parigi non lascia alcun dubbio sul carattere assoluto del diritto che il codice ha consacrato. L'art. 194 sembrava concepito in termini restrittivi; esso prescriveva: « *Se alcuno vuol costruire contro un muro non comune*, lo può fare pagandone la metà ». Con ciò si subordina la facoltà di acquistare la medianza ad una condizione, quella cioè di costruire; infatti, i motivi che si porgono per giustificare questa restrizione apportata alla proprietà, implicano che il vicino, il quale domanda la cessione della medianza, voglia costruire. Ma il codice non riproduce questa condizione; anche nell'antico diritto, si sosteneva che i termini della consuetudine fossero enunciativi, che prevedevano il caso ordinario, quello in cui il vicino voglia costruire senza escluderne gli altri. È questa larga interpretazione che gli autori del codice hanno sanzionata, sopprimendo le parole che sembravano implicare una condizione restrittiva. La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (1).

506. Dal principio che il diritto di esigere la cessione della medianza è assoluto, segue che colui il quale vi rinuncia, per dispensarsi dal contribuire alle riparazioni e ricostruzioni di un muro comune può nondimeno esercitare il diritto consacrato dall'art. 661. La consuetudine di Parigi decideva formalmente che egli poteva rientrare nel suo diritto primitivo (art. 212), dopo aver abbandonato la medianza, e gli autori moderni insegnano la medesima dottrina (2). Come accade che colui il quale ha rinunciato al suo diritto di medianza possa ritornare sulla sua rinuncia? Noi non vediamo che una spiegazione di questa facoltà, cioè, che la rinuncia al diritto di acquistare la medianza non è ammessa. Ben si deve permettere a chi è comproprie-

---

(1) Vedi le autorità citate in AUBRY e RAU, t. II, p. 430, nota 57, e da DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 456; sentenza di Cassazione del 3 giugno 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 185 e la nota).

(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 397, n. 357. AUBRY e RAU, t. II, p. 431 e nota 59.

tario d'una cosa di abbandonare la sua proprietà; più ancora, secondo la nostra opinione, questo diritto cessa quando un interesse generale vi si oppone, e tale è il caso della chiusura forzata prevista dall'art. 663. La chiusura non essendo obbligatoria nella campagna, nulla impedisce di rinunziare alla comproprietà d'un muro comune. Ma ciò non implica che si rinunci al diritto di acquistare la comunione quando vi si ha un qualsivoglia interesse. La legge però avrebbe dovuto pretendere un interesse, ed altro noi non ne vediamo salvo quello che indicava la consuetudine di Parigi, la volontà di costruire. Quando il vicino vuol costruire, si comprende benissimo che possa acquistare la medianza dopo avervi rinunciato; poichè al momento in cui l'ha abbandonata, non possedeva alcun edificio che s'appoggiasse al muro; non aveva dunque bisogno di muro; mentre se vuol costruire, esso gli occorre, e questa necessità si collega ad un interesse generale. Nel sistema del codice, al contrario, vi è qualche cosa di contraddittorio: esso autorizza l'abbandono della comunione per esentarsi dagli oneri, perciò permette l'acquisto forzato di questa stessa medianza, senza alcun interesse.

Donde un'assai grave difficoltà. Si può rinunciare al diritto di acquistare la medianza? Si è concordi nell'ammettere la validità di questa rinuncia, poichè, si dice, tale facoltà non presenta alcun carattere d'ordine pubblico (1). Ciò ci sembra assai dubbio. Perchè la legge permette l'espropriazione forzata d'uno dei vicini a vantaggio dell'altro? Non suppone ciò forse che vi sia in causa un interesse generale? Senza dubbio, la legge non è logica poichè non ha definito questo interesse il che crea una sorgente continua d'incertezze e di contraddizioni. Sempre però è difficile concepire che il comproprietario di un muro comune possa ritornare sull'abbandono ch'egli ha fatto della sua comproprietà, e non possa ritornare sopra una rinunzia che egli facesse al diritto d'acquistare la medianza. La legge è inconseguente, egli è vero; ma bisogna almeno cercare di renderla quanto più conseguente è possibile.

Vi è un'altra difficoltà molto seria. Il proprietario del fondo adiacente al muro lo grava della servitù di non costruire, ovvero di costruire ad una certa distanza. Può egli ancora, in questo caso, acquistare la comunione del muro? No, almeno non può acquistarla con effetto che il vicino abbia diritto di costruire contro il muro. Non equivale forse ciò ad una rinunzia al diritto di acquistare la comunione? Quando noi diciamo che la rinuncia a questo diritto è nulla, intendiamo una rinuncia fatta da chi ha il diritto di costruire; vi è allora un interesse pubblico nella cessione forzata della medianza il quale si op-

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 431 e le autorità citate nella nota 60.

pone, secondo il nostro parere, a che vi si rinunci. Ma se il vicino non ha più il diritto di costruire, cessa l'interesse pubblico, e per conseguenza la rinuncia è di puro interesse privato. La difficoltà è dunque spostata: essa consiste nel conoscere se può rinunciarsi al diritto di costruire. L'affermativa è certa; il legislatore ammette questa restrizione al diritto di proprietà, poichè, se da una parte diminuisce il valore del fondo serviente, aumenta dall'altra l'utilità del fondo dominante; in questo senso si concilia coll'interesse generale. Donde segue che si può rinunciare indirettamente all'acquisto della comunione almeno nell'intento di costruire, assoggettandosi ad una servitù qualsivoglia che impedisca di costruire, sia in modo assoluto, sia ad una certa distanza o ad una altezza determinata (1).

507. L'articolo 661 dice: « Ogni proprietario *contiguo* ad un muro ». Occorre dunque la contiguità perchè il vicino abbia la facoltà di rendere il muro comune. Il testo è formale, e lo spirito della legge non lascia alcun dubbio. Si tratta di acquistare la comunione d'un muro, e la legge suppone, come diceva la consuetudine di Parigi, che ciò sia allo scopo di costruire; ora, per costruire, bisogna essere proprietario del terreno contiguo al muro; se questo appartiene al proprietario del muro bisogna espropriarlo, costringerlo a venderlo; ora, la legge non permette la espropriazione che per causa di pubblica utilità. È già una grave deroga al diritto di proprietà, obbligare il proprietario del muro a cederne la comproprietà; non si può andare più oltre senza eccedere i termini della legge. Si obbietta che il vicino può domandare la medianza, ancorchè non abbia la intenzione di costruire. Senza dubbio; sempre però la comunione suppone la contiguità; infatti, che cosa è un muro comune? È quello che separa due fondi; ora, non può dirsi più che il muro separa i due fondi, quando vi è un terreno intermedio tra il muro ed il fondo vicino.

Il principio non è contestabile, ma l'applicazione solleva una seria difficoltà. Suppongasi che colui il quale costruisce lasci un piccolo spazio tra il muro e la linea di separazione dei due fondi; egli agisce così precisamente per impedire al suo vicino di chiedere la comunione. Potrà il vicino nondimeno acquistarla? Se lo spazio è abbastanza considerevole per essere utile al proprietario del muro, sia per riversarvi le acque piovane o domestiche, sia per collocarvi una scala e farvi circolare degli operai, non vi è alcun dubbio; non si è più nel testo, nè nello spirito dell'articolo 661. Ma se lo spazio è così angusto che non potrebbe essere di alcuna utilità al proprietario del muro, se

(1) Orléans, 1.° dicembre 1848 (DALLOZ, 1849, 2, 22). Sentenza di rigetto del 23 luglio 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 264).

questi lo ha lasciato unicamente per impedire al suo vicino di reclamare la comunione, la questione diviene controvertibile. La Corte di cassazione ha deciso che il vicino non poteva acquistare la comunione, quando non eravi contiguità assoluta. Da ciò ha conchiuso che il proprietario ha il diritto di liberarsi da questa servitù e di assicurarsi la proprietà esclusiva del suo muro, lasciando al di là uno spazio intermedio che lo protegga contro l'esercizio della facoltà di cui all'articolo 661. La Corte di Rennes si era pronunziata in senso contrario, fondandosi su di ciò, che il terreno intermedio costituiva un impaccio senza alcuna utilità: la sentenza dice che il proprietario ricusava di cedere la comunione senza alcun interesse, per cattiveria, malanimo, e spirito di cavillo. A ciò la Corte di cassazione risponde che, per quanto il terreno intermedio sia poco considerevole, basta pur sempre per mantenere il diritto che il proprietario ha inteso riservarsi. Non si ha il diritto di investigare, aggiunge la Corte, quali sono i motivi che lo determinano ad agire così: egli usa del suo diritto di proprietà, ed il giudice non può affatto ingerirsi delle ragioni che lo consigliano ad usarne in un modo piuttosto che in un altro (1).

A noi sembra che questa massima sia in opposizione col principio che la giurisprudenza non tralascia occasione per invocare: cioè che l'articolo 661 è fondato sopra un motivo di pubblica utilità. La disposizione è dunque d'interesse generale. Non può dipendere quindi dai proprietari di renderne impossibile la applicazione lasciando uno stretto spazio di terreno al di là del muro di cinta; sono precisamente quest'impacci che il legislatore ha voluto impedire. Ora non è forse principio che le leggi concernenti l'ordine pubblico debbono essere sempre osservate? E l'eluderle non equivale al violarle? È una vera frode che si commette contro la legge, e tutto ciò che si compie in frode alla legge è colpito di nullità (2). Il proprietario non può altro richiedere se non che il vicino il quale reclama la comunione lo indennizzi del valore che può avere il terreno intermedio.

508. Qual significato è da attribuirsi alla parola *muro* dell'articolo 661? La Corte di cassazione ha deciso, con ragione, che la legge si applica a qualunque specie di chiusura. Nella specie esisteva un recinto di assi, conosciuto all'Havre sotto il nome di *Pal*. Il tribunale aveva ammesso il vicino ad acqui-

(1) Sentenza di cassazione del 26 marzo 1862 (DALLOZ, 1862, 1, 175). Nel medesimo senso Douai, 7 agosto 1845 (DALLOZ, 1847, 4, 446). AUBRY e RAU, t. II, p. 429 e nota 50, e gli autori ivi citati.

(2) Gand, 18 maggio 1870 (*Pasicrisie*, 1870, 2, 358). Nel medesimo senso, Bourges, 9 dicembre 1837 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 460); Caen, 27 gennaio 1860 (DALLOZ, 1860, 2, 204). DEMOLOMBE, t. XI, p. 394, n. 354, e gli autori che cita.

starne la comunione. Con ciò si veniva ad estendere la disposizione dell'articolo 661 ad un caso che il testo non prevede; ora, tale norma costituisce già una deroga al principio secondo cui nessuno può essere obbligato a cedere in tutto o in parte la sua proprietà, è dunque essenzialmente eccezionale, e devesi perciò interpretare restrittivamente. La Corte aggiunge che i motivi i quali hanno consigliato di scrivere nella legge la cessione forzata della comunione dei muri non esistono per le chiusure fatte di assi giacchè la giustaposizione degli assiti non presenta i medesimi inconvenienti di quella dei muri. Si dirà perciò che il vicino non possa domandare che la chiusura di assi sia sostituita da un muro? Nelle città e nei sobborghi, ciascuno può costringere il suo vicino a costruire un muro la cui altezza è fissata dalla legge; la chiusura di cui parliamo non essendo un muro, il vicino può certamente richiedere che sia sostituita; ma nelle campagne l'articolo 663 non è applicabile, il proprietario potrebbe quindi ricusare di cedere la comunione di uno di questi assiti, salva la facoltà al vicino di cingere da sua parte il proprio fondo come meglio crede (1).

509. L'articolo 661 è applicabile quando il muro di cui il vicino vuole acquistare la comunione è di pertinenza d'un edificio spettante al pubblico demanio? La giurisprudenza e la dottrina sono concordi nel decidere che l'articolo 661 trova applicazione. Così venne giudicato che non si può reclamare la comunione d'un muro che faccia parte d'una cappella, di una chiesa (2), di un cimitero (3), nè quella di un muro di cinta di un arsenale (4), nè la comproprietà di un muro di sostegno di una pubblica piazza (5). Tutte queste decisioni sono fondate sopra un solo e medesimo motivo; gl'immobili che appartengono al demanio pubblico non sono in commercio, perciò non possono essere gravati da servitù (6). Noi abbiamo esaminata innanzi la questione di principio (n.° 130). A nostro parere, non è esatto stabilire come regola generale ed assoluta, che le pertinenze del demanio pubblico non possono formare oggetto di convenzioni, nè essere gravate di diritti reali, specialmente di servitù legali; a provar ciò è sufficiente ricordare l'articolo 681 che stabilisce una servitù legale sulla via pubblica, la quale fa bene parte del demanio pubblico, sia dello Stato, sia della provincia, sia del comune. Sarà a conchiudersi che, nella specie, i tribu-

---

(1) Sentenza di cassazione del 15 dicembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 56). Sentenza di rigetto del 1.° febbraio 1860 (Dalloz, 1860, 125). Aubry e Rau, t. II, p. 429 e nota 52.

(2) Vedi retro, n. 140. Liegi, 5 dicembre 1860 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 280).

(3) Sentenza di Lyon del 24 gennaio 1866 (Dalloz, 1867, 3, 45).

(4) Douai, 21 agosto 1865 (Dalloz, 1866, 5, 434).

(5) Aix, 24 luglio 1855, confermata da una sentenza di rigetto del 16 giugno 1856 (Dalloz, 1856, 2, 210; e 1856, 1, 423).

(6) Nel medesimo senso, Aubry e Rau, t. II, p. 429 e nota 51.

nali e gli autori siano caduti in errore? Noi accogliamo la loro decisione, ma fondandola sopra un altro motivo.

In materia di comunione non può parlarsi di servitù. Il codice colloca, è vero, la comunione fra le servitù legali, e le sentenze qualificano una servitù l'obbligo che l'articolo 661 impone ad ogni proprietario di cedere la comunione del suo muro. Questo linguaggio è improprio. La medianza in qualunque modo venga acquisita è una comproprietà. La questione non è dunque di conoscere se i beni di spettanza del demanio pubblico possono essere gravati da una servitù, ma deve esser posta nei termini seguenti: può un muro essere in comunione fra il demanio pubblico ed un privato? Così formulata la questione non può essere dubbia. Non è affatto concepibile che un immobile sia nel contempo una pertinenza del demanio pubblico ed una proprietà privata, ciò che bisognerebbe ammettere se il muro fosse comune; poichè la comunione è una comproprietà, che abbraccia indivisibilmente tutte le parti della cosa comune. Nella specie, questo è giuridicamente impossibile, poichè il dominio privato ed il demanio pubblico sono due diritti di diversa natura, l'uno essendo in commercio, l'altro no; ora può accadere che una cosa sia nel tempo stesso in commercio e fuori commercio, alienabile ed inalienabile, prescrittibile ed imprescrittibile? Ciò non si concepisce; dunque non può ammettersi comunione fra il demanio pubblico ed il dominio privato. Vi è una sentenza della Corte di cassazione nel senso della nostra dottrina. Nella specie, il proprietario domandava che il comune gli cedesse la comunione di un muro di sostegno, sulla piazza pubblica. Se si fosse trattato d'una semplice servitù, il ricorso avrebbe avuto ragione di dire che la natura e la destinazione d'una piazza pubblica non impediscono che gli abitanti costruiscano contro il muro; al contrario, la piazza è destinata ad essere circondata di abitazioni; quindi si sarebbe dovuto decidere secondo la nostra opinione (n. 130), che il muro di sostegno della medesima poteva essere gravato d'una servitù legale. Ma non si trattava di servitù, nè la sentenza della Corte di cassazione pronuncia questa parola. Essa parte dal principio che le piazze pubbliche delle città e de' villaggi sono pertinenze del demanio pubblico e, perciò, inalienabili ed imprescrittibili. Soggiunge poi che la comunione del muro dà a colui che l'ottiene la *comproprietà* di questo; epperò conchiude che il muro di sostegno della piazza pubblica non poteva divenire comune, essendo esso inalienabile ed imprescrittibile al pari della piazza pubblica (1).

510. La giurisprudenza non è sempre conseguente col principio su cui si fonda. È stato deciso che, a norma dell'art. 661,

(1) Sentenza precitata del 16 giugno 1856 (n. 509).

il muro d'un palazzo di prefettura può divenire comune. La sentenza stabilisce il principio che non basta che un immobile sia destinato ad un servizio pubblico perchè possa dirsi che per sua natura è fuori commercio (1). Per sua *natura*, no, bensì per la sua destinazione all'uso comune. Se altrimenti fosse, come potrà distinguersi se un bene che per sua natura è in commercio, vien posto fuori di commercio per la destinazione che gli è data? Dov'è la differenza legale tra un palazzo di città, un palazzo di prefettura ed una piazza pubblica?

Un presbiterio non è destinato ad un pubblico servizio. Il ministero dell'interno, in Francia, ha, con una sua decisione ammesso che il vicino può rendere comune il muro d'un presbiterio. La decisione è fondata su ciò che «i presbiteri non sembrano presentare il carattere di beni posti fuori commercio (2)». Noi abbiamo detto sotto qual rapporto questa massima possa conciliarsi coll'opinione da noi insegnata.

I cimiteri, al contrario, sono posti fuori di commercio. È stato giudicato che un comune può acquistare la comunione di un muro contiguo al cimitero quantunque i vicini non possano domandare la comunione del muro di cinta del cimitero. Ben si può, dice il tribunale di Lyon, avere una servitù sopra un fondo privato a favore di un fondo pubblico; ma non può esservi servitù sopra un bene demaniale a favore di un fondo privato (3). La decisione sarà assai diversa se si ammette la nostra teorica.

La medianza non è una servitù ma una comproprietà. Ora, è impossibile che una sola e medesima cosa sia comune, se il diritto di ciascuno dei comunisti è di natura diversa: questa differenza esclude l'idea di comunione. Che importa quindi qual sia la persona che chiede la comproprietà? Sia essa reclamata in nome del demanio pubblico od in quello del dominio privato vi è sempre incompatibilità a che questi due dominii concorrano in una sola e medesima cosa.

511. Secondo l'articolo 661, la comunione può essere acquistata in tutto od in parte. Ciò dipende dall'interesse del proprietario che reclama la cessione della comproprietà. Colui che acquista la comunione per edificare può costruire una casa meno larga, meno alta di quella del suo vicino: non sarebbe giusto che dovesse pagare la parte del muro di cui non profitta. Ma può domandare la comproprietà d'una parte dello spessore del muro? La questione era già controversa nell'antico diritto (4), e vi è tuttora qualche dubbio. Si dice che il testo non distingue; ma il vecchio adagio che, dove la legge non distingue,

---

(1) Parigi, 18 febbraio 1854 (Dalloz, 1854, 2, 178).
(2) *Bollettino del Ministero degli interni di Francia*, 1868, p. 15.
(3) Sentenza precitata di Lyon del 24 gennaio 1866 (n. 509).
(4) Pothier, *De la société*, n. 251.

non è permesso di far distinzione, deve essere applicato con molta cautela. Vi hanno casi in cui bisogna distinguere, e ciò accade quando lo stesso motivo su cui la legge si fonda ci obbliga a farlo. Non è così nella specie? Pothier dice benissimo che colui il quale comprasse solamente una parte dello spessore non profitterebbe meno di tutta l'ampiezza del muro, lo che sarebbe ingiusto. Se dunque il vicino reclama la cessione della medianza per costruire, ci sembra che debba pagare tutto il muro di cui profitta. Se non fosse per costruire, il giudice potrebbe, secondo le circostanze, ammettere una cessione parziale poichè il testo non vi si oppone (1).

512. Chi reclama la comunione del muro deve rimborsare al proprietario metà del suo valore, dice l'articolo 661, o la metà del valore della porzione ch'egli vuol rendere comune, e metà del valore del suolo su cui il muro è costruito. La legge fa una differenza tra il suolo ed il muro. Chi domanda la cessione parziale della comunione, non deve pagare che la metà della parte del muro che vuol acquistare, ma deve sempre la metà del suolo. Ciò parte dal supposto che l'onere sopportato dal suolo sia il medesimo, qualunque sia l'altezza del muro, il che non è certamente esatto. Quando si tratta d'innalzare il muro comune la legge tien conto del sovraccarico che ne risulta per il suolo. Essa avrebbe dovuto altresì tener calcolo del minor peso che grava sul suolo, quando il muro non è comune che sino ad una certa altezza.

Per ciò che riguarda il muro, il vicino che domanda la cessione della comunione deve pagare la metà del suo *valore*. Non si tratta dunque della metà della spesa incontrata dal proprietario nella costruzione di esso. La cessione della comunione è una vendita; ora, dice Pothier, il prezzo d'una cosa che si vende è commisurato sul valore di questa al momento della vendita. Si dovrà quindi prendere in considerazione lo stato del muro, la sua solidità, i materiali con cui è stato costruito (2). Alla stregua di questi principii va decisa la questione di sapere se l'acquirente deve pagare il valore delle pietre da taglio che costituiscono la chiusura, anche quando gli basterebbe un semplice muro di pietraglia. Egli deve il valore, dice il codice, e ciò è decisivo: non è a dirsi, del resto, che egli trae pure profitto della solidità che procurano materiali più solidi (3). Diversa è la questione se l'acquirente debba la metà del valore delle fondamenta, quando il proprietario ha dovuto costruirle

(1) Vedi le diverse opinioni in DEMOLOMBE, t. XI, p. 400, n. 362 e seg., DALLOZ alla parola *Servitude*, n. 461. Vi è una sentenza della Corte di Parigi, che ha ammessa la cessione parziale dello spessore in circostanze eccezionali (Parigi, 18 febbraio 1854, in DALLOZ, 1854, 2, 178).

(2) POTHIER, *De la société*, n. 254.

(3) Vedi le diverse opinioni in DEMOLOMBE, t. XI, p. 403, n. 365.

più solidamente in causa d'una latrina la quale esige fondamenta di speciale robustezza. È stato sempre ammesso, per un temperamento di equità, che in questo caso il compratore non deve che la metà del valore delle medesime, calcolate però come fossero fondamenta comuni. Era questa l'opinione di Pothier, il che è di gran peso, in una materia che gli autori del codice hanno attinta nelle consuetudini (1).

513. Il più delle volte, l'acquisto della medianza, nel caso previsto dell'articolo 671, dà luogo ad una perizia, non potendo il proprietario del suolo conoscere altrimenti il valore del muro di cui si domanda la cessione. Chi sopporterà la spesa relativa? Fu giudicato che le spese dovessero sempre incombere all'acquirente ancorchè costui avesse fatto delle offerte sufficienti. Le sentenze osservano che le spese accessorie della vendita debbono essere sopportate dal compratore; l'articolo 1593 lo dice per la vendita volontaria, e la massima deve, a maggior ragione, viene applicata quando il venditore è costretto a vendere nell'interesse e dietro istanza di colui che compra. Quanto alle offerte fatte dal compratore, esse non possono dispensarlo da quest'obbligo, per la ragione che abbiamo detta; se il proprietario del muro le ricusa, non è già perchè pretenda che il prezzo offerto sia insufficiente, ma perchè ignora il vero valore della cosa, valore che le persone dell'arte soltanto possono stimare (2). Queste decisioni sono fondate in diritto ed in equità. Vi è tuttavia una riserva a fare. Se il proprietario contestasse il risultato della perizia, si dovrebbe far luogo ad un procedimento giudiziale, e le spese di questo, comprese quelle della perizia, andrebbero a carico di colui che soccombe; ciò è di diritto comune (3).

2. — Diritti dell'acquirente.

514. A termini dell'articolo 661, il muro di cui il vicino domanda la comunione diviene comune, vale a dire che il compratore ne diviene comproprietario. Donde segue che il proprietario soltanto può esercitare il diritto stabilito da questo articolo. La legge lo dice: « Ogni proprietario ». Infatti, il muro comune è un accessorio dell'immobile che serve alla chiusura del fondo; per essere proprietario dell'accessorio, bisogna esserlo pure del principale. Chi non è proprietario del fondo contiguo al muro non può dunque acquistare la medianza. Tutti

(1) Pothier, *De la société*, n. 250 e le autorità citate da Dalloz alla parola *Servitude*, n. 466).

(2) Riom, 11 luglio 1838, e Limoges, 12 aprile 1820 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 467).

(3) Vi hanno opinioni diverse su tutti questi punti. Vedi Aubry e Rau, t. II, p. 430 e nota 56, e Demolombe, t. XI, p. 406, n. 366.

sono concordi nel ritenere che il conduttore non abbia questo diritto; egli non lo ha in suo nome, essendo semplice detentore; non lo ha in nome del locatore, poichè non possiede alcuna qualità per agire in nome di questo, ed il locatore non può divenire proprieterio mal suo grado. La Corte di Bruxelles ha deciso il contrario in una specie in cui la locazione dava al locatario il diritto di costruire (1). La massima è erronea, perchè il diritto di costruire non conferisce alcuna azione al conduttore che in riguardo al locatore; non gli dà quindi verun diritto rispetto al proprietario del muro.

Si ritiene generalmente che l'usufruttuario, l'enfiteuta, e per conseguenza il superficiario, i quali hanno un diritto reale sulla cosa, possono per tal loro diritto reclamare la comunione del muro in virtù dell'articolo 661 (2). Ci sembra che il diritto reale che appartiene al possessore, non gli conferisca alcuna qualità per richiedere la cessione della medianza. Non dimentichiamo che si tratta di comprare a titolo d'accessorio la comproprietà d'un muro: ora il diritto reale non attribuisce la proprietà. L'usufruttuario è possessore precario in quanto alla proprietà; con qual diritto dunque comprerebbe una pertinenza del fondo di cui ha il godimento? Egli acquisterebbe in definitiva pel nudo proprietario; chi gli dà questo diritto? Bisogna attenersi alla lettera della legge: il solo proprietario può domandare la cessione forzata della comproprietà del muro.

515. Quale è l'effetto dell'acquisto della comunione? L'acquirente diviene comproprietario del muro; per conseguenza il venditore cessa di essere proprietario esclusivo, i suoi diritti non sono più che quelli di un comunista. Che così sia dal momento della cessione, è di tutta evidenza. Ma la cessione non ha effetto retroattivo? La dottrina e la giurisprudenza ammettono quasi generalmente la retroattività (3). Si stabilisce come principio che se il cedente ha fatto nel muro, mentre ne avea la proprietà esclusiva, lavori che non potrebbe eseguire a titolo di comunista, l'acquirente ne può domandare la soppressione; di guisa che si presume che il muro sia sempre stato comune.

Questa dottrina ci sembra molto dubbia. Essa e in opposizione coi principii generali del diritto. La retroattività della medianza è una finzione; in fatto ed in diritto, il muro è stato proprietà esclusiva di chi lo ha costruirlo sul suo fondo; quando questi è costretto a cederne la comproprietà, si opera una mutazione, il fondo cambia natura; ora, qualunque modificazione avvenga allo stato dei beni non ha effetto che per l'avve-

---

(1) Bruxelles, 16 gennaio 1819 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 455).
(2) Demolombe, t. XI. p. 394, n. 353.
(3) Aubry e Rau, t. II, p. 431 e nota 61. Sentenza di cassazione del 1.° luglio 1831 (Dalloz, 1862, 1, 139).

nire. Se si voglia anche considerare la medianza come una servitù, si arriverà sempre alla medesima conseguenza. Il muro era libero, vien gravato da servitù; forse che lo asservi mento di un fondo retroagisce? Forse che il fondo serviente è considerato come se non fosse stato mai libero? No, certamente; esso non è soggetto che per l'avvenire, salvo alle parti contraenti di regolare e modificare il passato, se lo reputano conveniente. In mancanza di convenzioni, bisogna dire che il compratore prende il fondo nello stato in cui si trova; se il venditore ha fatto sulla cosa venduta lavori che ne alterino la condizione a suo vantaggio, il compratore è tenuto a rispettarli ed a mantenerli. Infatti, il venditore del muro aveva il diritto di eseguire tali opere; ora, gli atti compiuti in virtù della legge sono e rimangono validi, salvo che le convenzioni delle parti interessate o la legge non decidano altrimenti. Noi giungiamo sempre alla conseguenza che, in mancanza di convenzioni, la retroattività non potrebbe esistere che in virtù della legge. Si tratta di una finzione; ora l'interprete non può creare finzioni, il solo legislatore ha questo diritto. È questione di distruggere lavori eseguiti legittimamente; se le parti contraenti non hanno consentito a questa distruzione, il legislatore soltanto può distruggere ciò che egli ha permesso di fare. Se occorre un testo perchè vi sia retroattività, la questione è risoluta, appunto perchè non vi è alcuna disposizione in proposito. È ciò che noi vedremo entrando nei dettagli di questa difficile materia.

516. Un venditore aveva costruito dei fumaioli nel muro di cui era proprietario esclusivo. Egli è costretto a cederne la comunione; può il compratore domandare la soppressione dei fumaioli? Pardessus risponde con noi che l'acquirente non ha diritto di distruggere i fumaioli, poichè non ha acquistata la comunione del muro che nello stato in cui si trovava. La Corte di Poitiers dice con noi che nessuna disposizione del codice civile stabilisce effetto retroattivo a vantaggio di colui che acquista la comunione (1). L'articolo 661 prescrive che ogni proprietario contiguo ad un muro ha la facoltà di *renderlo* comune. Ciò implica che il muro diviene comune dal momento della cessione. Il testo non lascia alcun dubbio; e se anche vi fosse qualche incertezza, bisognerebbe interpretare la legge in favore del venditore; poichè essa apporta una grave restrizione al diritto di proprietà; obbliga il proprietario a cedere la comproprietà d'una cosa di cui sarebbe interessato a conservare la proprietà esclusiva. Sotto questo rapporto, l'articolo 661 è una eccezione, e le eccezioni debbono sempre interpretarsi rigoro-

---

(1) PARDESSUS, t. I, p. 397, n. 172. Poitiers, 28 dicembre 1841 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 471, 1.°). In senso contrario, AUBRY, e RAU, t. II, p. 431, nota 61.

samente. La Corte di cassazione sembra che abbia consacrata la medesima dottrina. Nella specie, il venditore avea fissato nel muro l'asse d'una macchina a vapore; il compratore ne domandò la soppressione. La Corte di Parigi decise che i lavori si dovevano mantenere. Prodotto ricorso, intervenne una sentenza di rigetto in cui è detto che la Corte non avea violata alcuna legge, giudicando che l'attore non poteva pretendere la soppressione delle opere, « sia perchè essendo divenuto acquirente della comunione del muro in un'epoca in cui i lavori dei quali si doleva erano stati già eseguiti, *aveva dovuto prendere le cose nello stato in cui si trovavano*, sia perchè non risultava da questi lavori un pregiudizio che lo autorizzasse a domandarne la soppressione ». Il relatore è più esplicito ancora, egli invoca l'autorità di Pardessus, il quale, su tale questione, condivide il nostro parere (1).

In una sentenza posteriore, la sezione civile, cassando un giudicato della Corte di Nizza, ha proclamato il principio contrario. La nuova giurisprudenza si fonda sull'articolo 661. Questo articolo, dice la Corte, accordando al proprietario contiguo ad un muro la facoltà di renderlo comune, crea in suo favore una servitù legale, il cui esercizio, quantunque facoltativo, non è limitato da alcuna restrizione; esso ha per effetto di trasferire a chi vuol giovarsene il godimento pieno ed intiero di tutti i diritti che la legge annette alla comunione. Ora, la conseguenza essenziale della comunione del muro è di costituire una comproprietà di questo fra l'acquirente ed il venditore, di porli entrambi in egual condizione, e di far cessare tutti i fatti di proprietà esclusiva, i quali, quantunque compiuti dal venditore prima della cessione della comunione, non sono rimasti meno subordinati al possibile esercizio della servitù cui è soggetto il muro (2). Ecco una nuova teoria; la sentenza del 1861 non concorda punto con quella del 1845, ma poco importa. Si tratta di sapere se la dottrina consacrata dalla Corte di cassazione abbia un fondamento nella legge e nei principii di diritto. Noi sosteniamo che una simile teorica avrebbe ben potuto essere accolta dal legislatore, ma, nel fatto la ha egli ammessa? L'articolo 661 dice che il muro è *reso* comune; si può conchiudere da ciò che è stato sempre comune? Si invoca l'eguaglianza che deve esistere tra comunisti. Senza dubbio essi si debbono trovare in condizione di perfetta uguaglianza fra di loro, ma la legge non stabilisce questa uguaglianza che a partire dal momento in cui vi è comunione; può farsi forse questione d'uguaglianza fra di loro, comunisti, quando non vi è ancora comunione? Ecco però a quale conseguenza conduce la

(1) Sentenza di rigetto del 7 gennaio 1845 (Dalloz, 1846, 1, 81).
(2) Sentenza di cassazione del 1.° luglio 1861 (Dalloz, 1861, 1, 133).

dottrina della Corte di cassazione. Io sono proprietario esclusivo di un muro, vi compio dei lavori, come ne ho il diritto, e lo faccio naturalmente coll'intendimento che queste opere abbiano a rimanere. Ebbene, m'inganno; io debbo prevedere che un giorno il mio vicino potrà domandare la comunione e chiedere per conseguenza la soppressione dei miei lavori: io mi credevo libero, ed eccomi in istato di servitù! Io sono bene in diritto di eseguire ciò che faccio, e tuttavia dovrò rinunziarvi, poichè domani il mio vicino mi potrà costringere a demolire ciò che io aveva il diritto di fare. Abbiamo difficoltà a credere che il legislatore, il quale pone alcune restrizioni all'esercizio della proprietà pel tempo successivo, abbia potuto, per ciò soltanto, ostacolarla anche per il passato.

517. Veniamo ora all'applicazione più usuale del principio ammesso dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Quando il muro era obbietto di una proprietà esclusiva, vi si praticarono luci e finestre. Il vicino lo rende comune; può domandare la soppressione delle luci e delle finestre? Si distingue. Tutto ciò che l'altro vicino ha fatto come proprietario può essere soppresso dal momento che esso diviene comproprietario; ma l'acquirente del diritto di medianza non può richiedere che venga tolto quanto il suo vicino ha fatto a titolo di servitù. Aprire delle luci, è esercitare il diritto di proprietà, praticare delle finestre, è gravare il fondo vicino di una servitù; chi acquista dunque la comunione può domandare la soppressione delle luci, mentre non può attentare alla servitù di veduta di cui è gravato il suo fondo, come nol può per qualunque altra servitù.

Si dicono luci quelle finestre che il proprietario di un muro contiguo al fondo altrui ha il diritto di praticarvi sotto le condizioni determinate dalla legge: esse debbono avere inferriate ed invetriate fisse, e non possono essere stabilite che ad una certa distanza dal pavimento o suolo della camera che vuolsi illuminare (art. 676 e 677). Queste finestre sono qualificate come luci di tolleranza, quantunque il proprietario del muro abbia diritto di praticarle, poichè il vicino sul cui fondo prospettano può costruire su questo a quell'altezza che vuole, e per conseguenza chiudere queste aperture; egli dunque le tollera non costruendo. Se egli può, con una nuova costruzione, chiudere tali aperture, perchè non avrà il medesimo diritto acquistando la comunione? È questa l'opinione quasi generale, salvo il dissenso di Toullier e di talune sentenze (1). Se si ammette il principio così come l'ha formolato la Corte di cassazione, la conseguenza non può essere punto contestata. La comunione una

(1) TOULLIER, t. II, p. 236, n. 527. Bruxelles, 31 ottobre 1827 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 476. 3, e *Pasicrisie*, 1827, p. 299); Bruxelles, 23 gennaio 1836 (*Pasicrisie*, 1836, 3, 17); Gand, 26 novembre 1840 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 21). VALETTE insegna la medesima opinione (MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 799, nota).

volta acquisita pone i due comunisti in condizione di perfetta uguaglianza fra loro: il compratore non può praticare alcuna apertura nel muro comune (675), dunque il venditore deve sopprimere quelle che aveva praticate prima della cessione della comunione. Tale è infatti la giurisprudenza della Corte di cassazione e di quasi tutte le Corti d'appello. La Corte di Parigi aveva deciso nel senso della nostra opinione, invocando il principio che il venditore avesse usato del suo diritto praticando nel suo muro luci di tolleranza, e che il compratore dovea prendere la cosa nello stato in cui si trovava. Questa sentenza è stata cassata. I due comunisti, dice la Corte di cassazione, debbono trovarsi in condizioni perfettamente eguali fra di loro. A nostro parere, l'eguaglianza nel passato è una falsa eguaglianza perchè si ottiene collo spogliare il proprietario del muro del suo diritto per investirne il suo vicino, il quale non vi aveva alcun diritto quando si eseguirono i lavori: finchè la condizione è ineguale, i diritti non potrebbero essere uguali. Che importa? dice la Corte. Il proprietario che ha elevato il muro ne aveva per verità, il diritto, ma non poteva far conto sulla proprietà esclusiva, poichè il suo vicino aveva diritto di chiederne la comunione; dunque tutto ciò che fa, ha dovuto farlo sapendo che un giorno avrebbe potuto essere demolito (1). Noi abbiamo già risposto a questa argomentazione. È una teoria che sacrifica i diritti del proprietario all'interesse, al capriccio anche del vicino che vuole acquistare la comunione. È questa la teoria della legge? Ecco la questione.

Vi sono due articoli che determinano gli effetti della comunione. L'articolo 662 segue immediatamente la disposizione che permette al vicino di rendere comune il muro, e che dice? Che uno dei vicini non può *praticare* nel corpo di un muro comune alcun incavo, senza il consenso dell'altro. L'articolo 675 è concepito nei medesimi termini: « uno dei vicini non può senza il consenso dell'altro, *praticare* nel muro comune alcuna finestra od apertura, anche con invetriata fissa ». Forse che il divieto di *praticare* dei lavori vuol dire che colui il quale acquista la comunione ha diritto di esigere la soppressione delle opere esistenti? La differenza è grande, ed occorre un'interpretazione singolarmente estensiva per conciliare il testo con la dottrina che se ne deduce. Che dice la Corte di cassazione per giustificare questa interpretazione? Confessa che la parola *praticare* si riferisce unicamente a fatti futuri; ma, essa dice, si deve in-

---

(1) Sentenza di cassazione del 2 giugno 1830 (DALLOZ, 1850, 1, 185). Sentenza della Corte di cassazione del Belgio del 19 aprile 1845 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 330). Noi non citiamo le sentenze delle Corti d'appello; la maggior parte sono appena motivate, salvo una sentenza della Corte di Tolosa dell'8 febbraio 1844 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 472). Vedi le autorità in DEMOLOMBE, t. XI, p. 414, n. 370, e in AUBRY e RAU, t. II, p. 432, nota 62.

tenderla in un senso enunciativo, ed applicarla *per analogia* alle aperture eseguite prima della cessione della comunione. Estendere, per analogia, un diritto eccezionale, esorbitante di sua natura, è oltrepassare la legge, non interpretarla.

Noi siamo convinti che qui la giurisprudenza ha voluto creare la legge. Soggiungiamo che la colpa di ciò spetta tanto al legislatore, quanto all'interprete. Il diritto di domandare la cessione della comunione è fondato sopra un interesse pubblico, e non vi è altro interesse pubblico che quello di costruire. È ciò che il legislatore suppone; ma non lo dice. Nell'antico diritto, le consuetudini esprimevano questo motivo, od almeno, quando ammettevano l'acquisto della comunione a titolo di diritto assoluto, avevano cura d'aggiungere che se il vicino non volea costruire, le finestre praticate dal proprietario nel muro sussisterebbero, e l'acquirente non potrebbe chiuderle. La giurisprudenza era nel medesimo senso. Questa teoria era logica. Se il proprietario veniva obbligato a sopprimere le sue finestre, era per ragioni d'interesse generale. Se non vi era in causa alcun interesse pubblico, egli conservava le sue luci (1). Toullier dice che il codice civile deve essere interpretato nel medesimo senso (2). Ciò è difficile ad ammettersi; poichè il codice non subordina più la facoltà di acquistare alla condizione di costruire, e non apporta la distinzione che facevano le consuetudini e la giurisprudenza. L'opinione di Toullier è rimasta isolata. Bisognerebbe spingersi dunque fino a proibire all'acquirente di costruire, quando il venditore ha praticato delle luci nel suo muro, poichè queste luci sono un diritto acquisito, e l'acquirente deve rispettarle. I tribunali hanno indietreggiato innanzi a questa conseguenza (3). Essa scaturisce logicamente dai principii, ma è in opposizione con lo scopo che il legislatore ha avuto di mira, quello, cioè, di favorire la costruzione delle case. Vi sono qui due diritti in conflitto tra loro, quello del proprietario del muro e quello del vicino che vuol costruire; il legislatore avrebbe dovuto risolverlo. Nel silenzio della legge, la giurisprudenza si è pronunciata in favore di quello che acquista la comunione. Tale è lo spirito della legge, quando il vicino costruisce; ma si è obbligati a riconoscergli il medesimo diritto quando non costruisce, quando non ha alcun interesse ad ottenere la comunione, ed a chiudere le luci, ancorchè lo facesse per capriccio e malvolere. Questo, certamente, non è nello spirito della legge. Vi è dunque inconseguenza e contraddizione.

518. Si dovrà fare eccezione a questi principii, quando le luci esistono da 30 anni? Noi enunciamo la questione, metten-

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Vues*, § III, n. 2 (t. XXXVI, p. 477).
(2) Toullier, t. II, p. 236, n. 527.
(3) La precitata sentenza della Corte di Tolosa lo dice (Dalloz, alla parola *Servitude*, p. 154, n. 472).

doci dal punto di vista dell'opinione generale. La negativa non è dubbia. Le luci che il proprietario del muro vi pratica, osservando le condizioni prescritte dagli articoli 476 e 477, sono l'esercizio del diritto di proprietà; e conservano questo carattere per qualunque decorso di tempo sussistano. Ora, gli atti di proprietà non possono avere per effetto di gravare d'una servitù il fondo del vicino. Al momento dunque in cui acquista la medianza, il suo fondo è libero, egli trovasi di fronte a lavori fatti dal proprietario del muro, lavori che costui aveva diritto di fare come proprietario esclusivo, ma che non ha il diritto di mantenere dopo che è divenuto comunista. Tale è altresì l'opinione degli autori, ed è consacrata dalla giurisprudenza (1).

É egli lo stesso se il proprietario di due fondi avesse praticato le luci per destinazione del padre di famiglia, e se al momento della divisione, uno dei vicini domandasse la comunione del muro? In teoria si può rispondere che la destinazione del padre di famiglia equivale al titolo; ora le servitù acquisite per titolo debbono essere mantenute. Su questo punto non potrebbe cader dubbio. Ma occorre che la servitù sia costituita, e nella specie che abbiamo supposta, non eravi ancor servitù al momento in cui si è fatta la divisione dei fondi, e siccome è in questo momento appunto che il vicino domanda la comunione, non vi è stata mai servitù. Tale è, senza dubbio, l'ipotesi formulata dal Demolombe, quando dice che la destinazione del padre di famiglia non impedirebbe all'acquirente della comunione di domandare la soppressione delle luci. Ma se la servitù fosse stata acquisita per destinazione del padre di famiglia, bisognerebbe decidere che le luci non possono essere soppresse. La giurisprudenza è in questo senso (2).

519. Quanto alle finestre, se costituiscono la servitù a carico del fondo il cui proprietario vuole acquistare la comunione del muro che separa i due fondi, è certo che l'acquirente deve rispettarle. É l'applicazione d'un principio generale. A termini dell'articolo 701, il proprietario del fondo che deve la servitù nulla può fare che tenda a diminuirne l'uso; a più forte ragione non può col suo fatto distruggere la servitù. Invano direbbe che acquistando la medianza egli usa di un diritto; gli si potrà rispondere che non può usare più del suo diritto, avendolo egli stesso ristretto coll'imporre al suo fondo una servitù. Così, quando egli ha accordato al suo vicino la servitù di pro-

---

(1) Demolombe, t. XI, p. 414, n. 371. Aubry e Rau, t. II, p. 432 e nota 63. Vedi la giurisprudenza in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 474, 1.° e 2.°. Bisogna aggiungere Liegi, 11 luglio 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 115) e 17 gennaio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 137).

(2) Demolombe, t. XI, p. 414, n. 371. Lyon, 19 aprile 1826 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 480); Bordeaux, 18 gennaio 1850 (Dalloz, 1851, 2, 123).

spetto non può costruire più sopra il suo fondo; per conseguenza, non può domandare più la comunione, almeno non può chiederla allo scopo di sopprimere le finestre, poichè ciò varrebbe far cessare la servitù alla quale si è assoggettato. Ma si obbietta che il diritto di reclamare la comunione è d'interesse pubblico, e che il proprietario non può rinunciare a un diritto che è di ordine pubblico. Non vi è che una cosa la quale sia di interesse pubblico nella cessione della comunione, cioè che colui che vuol costruire possa rendere il muro comune; ma si può rinunciare alla facoltà di costruire, gravando il fondo della servitù di non costruire; ed allora non può più sostenersi che si reclama la comunione del muro per considerazioni d'interesse generale. Il vicino potrà ancora rendere il muro comune, ma sarà una comunione imperfetta; nulla vi è in ciò che leda l'interesse pubblico (1).

Tutti sono d'accordo sul principio. Ma l'applicazione solleva una questione sulla quale vi è controversia e dubbio. Quando vi è servitù di veduta? Se è costituita per titolo, non vi è dubbio possibile. Egli è lo stesso quando vi è destinazione del padre di famiglia, poichè a termini dell'art. 692, questa, riguardo alle servitù continue ed apparenti, equivale a titolo (2). Ma vi è altresì servitù di veduta, quando un proprietario di un muro vi ha praticato delle finestre ad una distanza minore da quella determinata dagli articoli 678 e 679, e queste sussistano già da trent'anni? La Corte di cassazione di Francia e quasi tutte le Corti d'appello si pronunziano per l'affermativa; giudicando in conseguenza che il vicino gravato dalla servitù di veduta può per vero acquistare la comunione, ma una comunione limitata dalla servitù di cui è gravato il suo fondo (3). Non può parlarsi della soppressione di finestre che esistono a titolo di servitù; il vicino può rendere comune il muro, può anche costruire, ma a condizione di non nuocere al diritto di veduta di cui è gravato (4). Le Corti del Belgio si sono pronunciate nel senso dell'opinione contraria. Noi esamineremo più avanti la questione, quando parleremo delle servitù legali di veduta e di prospetto. La maggior parte degli autori segue l'opinione consacrata dalla Corte di cassazione di Francia; noi crediamo che sia la vera. E dal momento che si ammette il principio, la conseguenza non potrebbe essere contestata.

520. Vi è, in questa opinione, una differenza capitale tra le luci dette di tolleranza o di sofferenza e le vedute. Essendo le

---

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 432 e nota 65.

(2) Gand, 5 aprile 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 193).

(3) Aubry e Rau, t. II, p. 432 e note 66 e 67. Demolombe, t. XI, p. 417, n. 374. Vedi la giurisprudenza in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 475. Bisogna aggiungere Bordeaux, 27 giugno 1845 (Dalloz, 1845, 4, 480, n. 22); Bastia, 28 agosto 1846 (Dalloz, 1846, 2, 178; Nimes, 7 maggio 1851 (Dalloz, 1851, 2, 77).

(4) Vedi le sentenze in Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 451, 1 e 476, 1, e la sentenza precitata di Nimes del 7 maggio 1851.

luci praticate in virtù del diritto di proprietà, non impongono alcun onere al fondo vicino; il padrone di questo fondo può sempre costruire, domandare la comunione, e sopprimere le luci. Al contrario, le vedute, quando tra i due fondi non vi è la distanza prescritta dalla legge, impongono un onere al fondo sul quale prospettano, e creano una servitù, che impedisce al proprietario del fondo serviente di richiederne la soppressione, ancorchè acquistasse la comunione del muro in cui sono praticate. L'applicazione di questi principii non è scevra di difficoltà. Come si distingueranno le luci e le vedute? Le une e le altre sono finestre. Ma la legge prescrive per le *luci* talune restrizioni e condizioni che non stabilisce per le costruzioni delle *vedute*. Se chi ha praticato delle *luci* si è conformato alle disposizioni degli articoli 676 e 677, la semplice ispezione dei luoghi basterà per risolvere la questione. Quanto alle *vedute*, la decisione è ancora più facile; la legge determina la distanza che deve esistere fra due fondi perchè il proprietario possa aprire delle finestre nel suo muro. Dal momento che questa distanza non esiste, le *vedute* praticate nel muro non possono esserlo che a titolo di servitù; il che ha sempre luogo nella nostra specie, poichè il diritto di acquistare la medianza implica la contiguità dei due fondi. Rimane a dare la definizione delle *vedute:* con tale parola si intendono tutte quelle finestre le quali non presentano i caratteri delle luci di tolleranza definite dagli articoli 677 e 678.

Ma i fatti non sempre rispondono alle disposizioni della legge. Avviene assai spesso che le luci non siano costruite secondo le prescrizioni del codice. Basta ciò perchè costituiscano delle vedute? Una simile decisione sarebbe troppo assoluta ed oltrepasserebbe l'intenzione del legislatore. Ordinando che le luci presentino i caratteri determinati dagli articoli 676 e 677, il codice non dice che se uno di questi caratteri manchi, la luce sarà considerata come una veduta. Ancorchè il proprietario del fondo non siasi in tutto conformato alla legge, le luci possono rimanere di tolleranza, se non sono praticate in modo che il proprietario abbia una veduta sul fondo vicino. La difficoltà diviene dunque una questione di fatto che il giudice deciderà secondo le circostanze. Se, non ostante l'inosservanza della legge, le finestre sono luci di tolleranza, non vi è servitù; poichè la tolleranza esclude l'idea d'un onere che gravi il fondo del vicino.

La dottrina e la giurisprudenza sono in questo senso (1).

521. L'effetto della medianza non esiste che allorquando il muro è divenuto comune per la cessione ottenuta dal vicino.

---

(1) Nimes 7 maggio 1851 (DALLOZ, 1851, 2, 78). Lyon, 26 luglio 1838 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 474, 2). AUBRY e RAU. t. II, n. 204 e seg., e note 19 e 20.

Questa cessione è una vendita, e la vendita produce tutti i suoi effetti dal momento che vi è il concorso della volontà; con questo però che, nel caso dell'art. 661, il proprietario del muro non può ricusare di cederne la comunione. Se vi si rifiutasse, la cessione si opererebbe per mezzo dell'autorità giudiziaria. Quantunque vi sia una specie di espropriazione, non è richiesto che l'indennità sia preventiva. La sola condizione necessaria per la trasmissione della comunione, in base alla domanda del vicino, è dunque il consenso volontario o forzato del proprietario del muro. Sino a tal momento, il muro non è comune, e per conseguenza il vicino non può servirsi di quello, avendo il padrone della cosa l'esclusivo diritto di usarne e goderne. Se il vicino praticasse lavori di qualsivoglia specie contro il muro o sul medesimo, il proprietario avrebbe diritto di chiederne la soppressione unitamente ai danni interessi. Ma che bisogna decidere se, in base a questa domanda, il convenuto dichiarasse di volere acquistare la comunione? É stato giudicato in un caso simile, che il vicino non doveva essere condannato a sopprimere i lavori, poichè la soppressione sarebbe stata frustranea; non appena sospese le opere, il vicino divenuto comproprietario avrebbe potuto ristabilirle. Ma se avesse cagionato un danno, rimarrebbe tuttavia obbligato a ripararlo, poichè è sempre vero il dire che il danno è stato cagionato senza diritto, quindi costituisce un quasi-delitto, e l'acquisto della comunione non può cancellare il fatto dannoso (1).

3. — Diritti del venditore.

522. Abbiamo qualificata come vendita la cessione della comunione che il vicino può domandare in virtù dell'articolo 661. Una sentenza della Corte di cassazione decide che la facoltà esercitata a titolo di servitù dal vicino contro il proprietario del muro non è una vendita, perchè non ne presenta gli elementi legali. Infatti, dice la Corte, il libero consenso delle parti è una condizione essenziale della vendita, mentre nel caso previsto dall'art. 661, il consenso di colui che deve cedere la comunione è forzato. La sentenza aggiunge che le condizioni e le conseguenze della comproprietà del muro sono regolate dalle disposizioni del titolo delle *Servitù* e non da quelle del titolo della *Vendita* (2). Ci sembra che questa decisione sia in opposizione col testo della legge e con i principii stessi invocati dalla Corte. L'art. 661 dice che ogni proprietario contiguo ad

---

(1) Bruxelles, 16 gennaio 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 271), 7 aprile 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 175) e del 21 maggio 1866 (*Pasicrisie*, 1867, 2,75).

(2) Sentenza di rigetto (della sezione civile) del 17 febbraio 1864 (DALLOZ, 1864, 1, 87).

un muro ha la facoltà di *renderlo comune.* Questa espressione è sinonima di quella che trovasi nell'art. 660, a termini del quale il vicino che non ha contribuito all'innalzamento del muro comune può *acquistarne la comunione.* Chi *acquista* la comunione, la compera, poichè deve *pagare* o *rimborsare* al proprietario del muro la metà del suo valore (articoli 660 e 661). Sono ben questi gli elementi della vendita: una cosa, il prezzo ed il consenso. Che importa se il proprietario del muro sia obbligato a venderne la comunione? Vi sono molti casi nei quali il consenso del venditore è forzato. Chi è espropriato per causa di pubblica utilità non può ricusare di vendere; il codice civile e la Costituzione dicono che esso è *costretto* a cedere la sua proprietà, il che non impedisce che questa cessione sia una vendita. Ebbene, anche nel caso dell'art. 661, vi è un'espropriazione per causa di pubblica utilità, poichè il proprietario del muro è obbligato a cederne la comproprietà per motivi di interesse generale. Quantunque sia costretto a vendere, il suo consenso nondimeno interviene nella vendita, poichè si deve ancora fissare il prezzo e su questo punto occorre il concorso della volontà del venditore od una sentenza, la quale implica egualmente un contratto. Se la cessione forzata della comunione del muro non è una vendita, che cosa sarà dunque? La Corte di cassazione dice che le condizioni e le conseguenze della medianza sono regolate nel titolo delle *Servitù.* Sta bene, ma che importa? La comunione non è una servitù, bensì una comproprietà. Ma ammesso anche che sia una servitù, forse che le servitù non possono costituirsi per titolo? e la vendita non è forse il titolo più ordinario? La medianza può esser dunque comperata; essa lo è nei casi previsti dagli articoli 660 e 661, dunque vi è vendita.

523. Poichè vi è vendita, bisogna applicare i principii generali che regolano questo contratto. Il proprietario del muro godrà del privilegio accordato al venditore? Si è giudicato che non gli spetti, poichè l'articolo 961 non glielo accorda (1). Cattiva ragione. La legge, al titolo dei *Privilegi*, accorda un privilegio ad ogni venditore. Avrebbe essa forse dovuto ripetere una disposizione di diritto comune in tutti gli articoli in cui è questione d'una vendita? Si domanda se l'azione ch'egli ha pel pagamento del prezzo sia personale, reale o mista (2). Noi non comprendiamo come possa sollevarsi un tal dubbio. Forse che l'azione del venditore non nasce da un contratto, da un vincolo personale? Dunque sarà personale. Senza dubbio se il compra-

(1) Parigi, 23 luglio 1833 (Dalloz, alla parola *Privilèges et Hypothèques*, numero 427).

(2) È stato deciso ch'è mista. Parigi 22 febbraio 1834 (Dalloz, alla parola *Vente*, n. 1096, 3); sentenza di rigetto, 23 marzo 1843 (Dalloz, alla parola *Action*, n. 124). Confronta Zachariae, edizione Massé e Vergé, t. II, p. 174, nota 24.

tore non paga, il venditore ha anzitutto il suo privilegio, ch'è un diritto reale e produce un'azione reale; ma la garanzia d'un diritto determina forse la natura di questo? Il venditore ha ancora l'azione in risoluzione che reagisce contro i terzi, ma quest'azione è estranea al pagamento del prezzo, poichè, in caso di risoluzione, non vi è più vendita. Se la vendita del muro comune è risoluta, il terzo acquirente sarà obbligato, se vuole conservare la comunione, a pagarla; ma ciò avverrà in forza di un nuovo acquisto, non già in virtù d'una vendita cui è rimasto estraneo. Nulla dunque vi è di reale nell'azione pel pagamento del prezzo. Si obbietta che la medianza è una servitù che grava il fondo in qualunque mano questo trapassi (1). Non è lo stesso d'ogni servitù? La vendita che la costituisce non cessa perciò d'essere un contratto che trae seco delle azioni personali.

Se il proprietario del muro, costretto a cederne la comproprietà, è un venditore, e se ha tutti i diritti che nascono dalla vendita, dev'essere altresì tenuto alle obbligazioni che incombono al venditore. La Corte di cassazione ha deciso che egli non debba alcuna garantia pei vizii occulti, poichè, secondo la giurisprudenza, non vi è vendita. Vi è almeno un contratto a titolo oneroso: ed ogni trasmissione di proprietà fatta a titolo oneroso non implica forse l'obbligo della garantia? Con quale diritto, chi ha ceduto la comunione d'un muro che non gli appartiene o ch'era viziato, conserverebbe il prezzo che gli è stato pagato come condizione della cessione?

II. — Prova della comunione.

a) *Presunzioni.*

524. La comunione di cui parliamo risulta sempre da un concorso di volontà; che il consenso sia libero o forzato, poco importa. Dunque è fondata sopra un contratto, ed a rigor di principio bisognerebbe applicare le regole sulle prove stabilite nel titolo delle *Obbligazioni convenzionali*. Se vi è un atto scritto, s'intende da sè che farà piena prova, sotto le condizioni e con gli effetti determinati dalla legge. Ma il più delle volte non vi è scritto, la costruzione del muro risale a tempi remotissimi, non venne steso atto alcuno, o questo è andato smarrito. Come si deciderà in questo caso la questione di proprietà? A prevenire le contestazioni che così facilmente insorgono tra vicini, il legislatore ha creato delle presunzioni, fondate, come tutte le presunzioni, sopra probabilità. Vi è, nella specie, una probabilità

(1) Relazione di Troplong sulla precitata sentenza di rigetto (Dalloz, t. III, p. 33).

che raramente inganna. Due vicini hanno il medesimo interesse alla costruzione del muro che separa i loro fondi; non è quasi certo che avranno costruito questo muro a spese comuni? La probabilità aumenta ancora nelle città, in cui la chiusura è forzata. Che se uno dei vicini ha costruito dopo l'altro, senza aver contribuito ad elevare il muro, non è forse probabile che avrà usato del diritto che la legge gli accorda d'acquistarne la comunione? Avrebbe il proprietario tollerato che il suo vicino appoggiasse l'edificio ad un muro che non gli appartiene? Vi sarà dunque servitù o comproprietà. Il legislatore si è pronunciato per la comproprietà fondandosi sull'interesse del vicino; la comproprietà attribuisce diritti molto più estesi che la servitù; il vicino ha dunque interesse ad acquistare la comunione, e ciò conviene pure al proprietario del muro. Esiste dunque una certa probabilità di comproprietà della quale il legislatore ha fatto una presunzione (1). È una presunzione legale; lo dice l'articolo 1350, n.° 2, e s'intende da sè, poichè la legge la stabilisce. Donde segue che bisogna applicare i principii che regolano le presunzioni legali, ed innanzi tutto la regola d'interpretazione che restringe le presunzioni al caso preciso per cui sono state stabilite; non vi saranno quindi altre presunzioni di comunione oltre quelle consacrate da un testo formale.

1. — Del muro che separa due edifici.

525. L'articolo 653 stabilisce che « nelle città e nelle campagne ogni muro che serve di divisione tra edifici, fino alla sommità, si presume comune ». *Héberge* (*sommità*) è una parola antiquata, caduta in desuetudine, che significa tetto, copertura, abitazione; quest'ultimo senso si è conservato nella parola *héberger* (*albergare*). Quando la legge dice che il muro si presume comune sino alla sommità, ciò significa, come ha spiegato Berlier al Consiglio di Stato, che il muro è comproprietà dei due vicini sino al punto in cui i due edifici d'ineguale altezza possono profittare del muro comune (2). La parte eccedente del muro appartiene al proprietario dell'edificio più elevato; e ciò anche quando tale eccedenza oltrepassasse il tetto di questo edificio, perchè è pertinenza e continuazione della parte del muro che forma oggetto d'una proprietà esclusiva. Non vi è a distinguere se l'edificio è sito in campagna od in una città; il testo della legge lo dice, e ciò ha pure un fondamento razionale poichè la probabilità sulla quale riposa la presunzione ha lo stesso valore qualunque sia il luogo in cui gli edifici si trovano:

(1) DURANTON, t. V, p. 294, n. 301. DEMOLOMBE, t. XI, p. 346, n. 315.
(2) Seduta del Consiglio di Stato del 4 brumaio anno XII, n. 17 (LOCRÉ, t. IV, pag. 168).

l'interesse che i due vicini hanno ad una chiusura comune è uguale dovunque (1).

526. Il codice dice che il muro il quale serve di divisione *tra edifici* si presume comune. Sussisterà ancora una simile presunzione quando il muro separa una casa da un cortile o da un giardino? La questione è controversa; le opinioni in proposito sono parecchie e non meno certamente di tre. Nondimeno essa può ridursi a termini semplicissimi tanto che Corte di cassazione l'ha risoluta in poche parole (2). Non vi è presunzione legale senza legge, dunque non può presumersi la comunione senza una disposizione formale del testo. Ora, che dice l'articolo 653? Esso stabilisce una presunzione di medianza *tra edifici;* essa non esisterà perciò se non quando i due fondi sono propriamente edifici: ed, in conseguenza, la presunzione legale verrà meno allorchè l'uno dei fondi è una casa e l'altro un suolo privo di costruzioni. Tale argomento è decisivo. Invano si escogiterebbero le migliori ragioni del mondo per estendere la presunzione a casi non previsti dalla legge; noi escludiamo tutte queste obbiezioni per inammissibilità (fin de non recevoir). Gli è così che è si invocata l'autorità di Pothier per stabilire una presunzione di proprietà nelle città in cui la chiusura è forzata, qualunque sia la natura dei due fondi (art. 662); si è conchiuso da ciò essere probabile che uno dei vicini abbia costretto l'altro a contribuire alla costruzione del muro che divide i due fondi. Che ciò sia probabile, non si nega; ma la probabilità non diviene una presunzione legale se non quando lo stesso legislatore la stabilisce; ed esso si è ben guardato dal prescrivere quella che si vuol introdurre nella legge. Chi costruisce un muro di cinta del valore di duemila lire, non potrebbe far contribuire il suo vicino, proprietario d'un terreno senza costruzioni, che per un centinaio, poichè costui non ha interesse alla erezione d'un grosso muro; ora, uno dei vicini preferirà di avere la proprietà esclusiva del muro, e l'altro non sentirà certo alcuna necessità di pagare, anche cento lire soltanto, per un muro che non gli è necessario. Crediamo inutile d'insistere più a lungo su tale argomento (3).

2. — Del muro che separa i cortili, giardini e recinti

527. «Nelle città e nelle campagne ogni muro che serve di divisione tra cortili e giardini si presume comune» (art. 653).

---

(1) DURANTON, t. V, p. 297, n. 303. AUBRY e RAU, t. II, p. 418, nota 5.
(2) Sentenza di rigetto del 4 giugno 1845 (DALLOZ, 1845, 1, 358).
(3) Vedi le diverse opinioni in DEMOLOMBE, t. IV, p. 353, n. 323. DURANTON discute a lungo la questione, t. V, p. 297, n. 303. La giurisprudenza, in DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 213 e 413, 2.° Bisogna aggiungere Liegi, 17 gennaio 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 136).

Qui non vi è più a distinguere se i due fondi sono cortili o giardini; la legge non dice che la presunzione esiste quando un muro separa *due corti* o *due giardini;* ma dice che ogni muro il quale serva di separazione tra *corti e giardini* si presume comune. Ciò ha pure un fondamento razionale; se il proprietario d'una casa contigua ad un fondo privo di costruzioni ha un interesse infinitamente maggiore del suo vicino alla chiusura, non è lo stesso quando uno dei fondi è una corte e l'altro un giardino: l'interesse è identico, è quindi conforme a ragione il presumere che il muro sia comune (1).

L'articolo 653 stabilisce la medesima presunzione tra i recinti nei campi. Qual è il valore della parola *recinto?* Le opinioni sono diverse. Poichè la legge non lo definisce, bisogna ritenere che *recinto* sarà ogni chiusura; la sola condizione che risulta dal testo, è che il fondo sia chiuso da ogni parte. Quando questo requisito esiste, poco importa qual sia la natura del terreno rinchiuso; sia un prato od un campo, la legge non distingue, e non poteva far distinzioni. Ciò che, nelle campagne, determina la presunzione, si è che i due vicini hanno preso cura di cingersi intieramente; è quindi probabile che il muro di divisione fra di essi sia comune, avendo entrambi l'ugual interesse alla sua costruzione.

528. Nei campi, perchè il muro che divide i fondi si presuma comune, questi devono essere chiusi. Si domanda se la stessa condizione di chiusura è richiesta per le corti ed giardini. La questione è controversa; a noi sembra che il testo la risolva. Nulla si può aggiungere, nulla si può togliere alla presunzione; ora, l'articolo 653 non richiede che le corti e i giardini siano chiusi. Se tale fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato inutile parlare di corti e giardini, sarebbe stato sufficiente il dire: *ed i recinti* (2).

529. I muri che servono di sostegno ad una terrazza si presumono comuni? Anche tale questione è controversa; per risolverla, si fanno diverse distinzioni, considerando l'interesse che possono avere i due vicini alla costruzione del muro. La risposta, a nostro parere, è nel testo dell'articolo 653. Perchè un muro sia comune, occorre che serva di divisione tra due fondi. È questa la condizione essenziale: se il muro della terrazza separa i dui fondi contigui, sarà comune; se non è un muro di confine, non vi sarà presunzione di comunione (3).

---

(1) DURANTON, t. V, p. 305, n. 304. DEMOLOMBE, t. XI, p. 357, n. 325.
(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 359, n. 327. In senso contrario, MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 771.
(3) AUBRY e RAU, t. II, p. 419 e nota 10. Orléans, 19 gennaio 1849 (DALLOZ, 1850, 2, 7). Confronta DEMOLOMBE, t. XI, p. 363, n. 330.

b) *Quando cessano le presunzioni di medianza.*

1. — Della prova contraria.

530. L'articolo 653, che stabilisce le presunzioni di comunione, soggiunge: « Se non vi è titolo o segno in contrario ». Si dovrà dedurre da ciò che occorrano necessariamente sia un titolo, sia segni in contrario perchè tali presunzioni vengano meno? Sì certamente, quando esse esistono. Ma ogni presunzione implica talune condizioni d'esistenza: se queste manchino, anch'essa fa difetto e non potrà allora parlarsi di somministrare la prova contraria ad una presunzione che non esiste. Bisogna dunque distinguere. Quando l'esistenza della presunzione non è impugnata, si deve produrre un titolo od invocare segni contrari alla comunione, dove si pretenda che il muro presunto comune sia proprietà esclusiva di uno dei vicini. Dove si sostenga che non vi sia presunzione, occorre che si dimostri come non esistano le condizioni cui quella è subordinata. Quali sono queste condizioni? Secondo il testo dell'articolo 653, non ve ne sono che due; occorre anzitutto che vi siano due edifici, cortili, o giardini, o recinti; ed è, inoltre, necessario che vi sia un muro il quale divida questi fondi. Noi abbiamo già detto che se un muro separa un edificio da un cortile, da un giardino o da un recinto, non vi è presunzione di comunione, come non vi sarebbe se nei campi i due fondi non fossero cinti per intero. È poi mestieri che il muro sia un muro *di divisione*, il che implica che i due fondi appartengano a proprietari diversi. Si domanda se questa condizione deve esistere all'atto della costruzione del muro. Per gli edifici, non la si richiede, poichè la comunione può essere stata acquisita quando il vicino ha costruito contro un muro già esistente; tuttociò che il proprietario primitivo del muro può domandare in questo caso, è che il prezzo della comunione gli sia pagato, se non sono decorsi trenta anni dalla costruzione. Ma sia stato o no pagato il prezzo, la presunzione ha pieno vigore dal momento che un terzo ha costruito contro il muro. Noi diciamo un terzo, vale a dire il vicino. Se la costruzione fosse stata eretta dal proprietario del muro, e l'edificio fosse stato in seguito alienato, non vi sarebbe presunzione di comunione, poichè non occorrerebbero le circostanze volute dalla legge; il muro non sarebbe comune, nè come costruito fra due edifici, poichè all'atto della sua costruzione non eravene che uno, nè per essere stato acquistato dal vicino, poichè non è il vicino che ha costruito (1).

---

(1) Aubry e Rau, t. II, p. 420 e note 11 e 12. Sentenza di rigetto del 10 luglio 1865 (Dalloz, 1865, I. 483). Confronta Demolombe, t. XI, p. 360, n. 321 e Bourges, 21 dicembre 1836 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 441).

Quanto al muro che separa corti e giardini, bisogna riportarsi sempre al momento in cui è stato innalzato; perchè vi sia presunzione di comunione occorre che da quest'epoca esso abbia diviso due fondi appartenenti a proprietari diversi; poichè tra corti e giardini non vi sono costruzioni posteriori all'atto delle quali avrebbe potuto essere acquisita la medianza; bisogna dunque che lo sia stata allorchè il muro è stato costruito; se a questo momento il muro non separa due fondi, la presunzione di comunione vien meno. Quanto ai recinti, bisogna applicare ciò che abbiamo detto degli edifici; il muro può essere stato costruito quando si è provveduto alla chiusura dei due fondi; od anche al momento in cui, l'uno dei fondi essendo già cinto, il vicino ha, dal suo lato, rinchiuso il proprio.

531. Le presunzioni dell'articolo 653 possono trovarsi in conflitto con quella stabilita dall'articolo 552: quale fra esse avrà la prevalenza? Secondo l'articolo 552, la proprietà del suolo implica altresì quella di tutto ciò che sta sopra di esso; donde l'articolo 553 deduce la conseguenza che qualunque costruzione sopra un terreno si presume fatta dal proprietario a sue spese e appartenergli, se non è provato il contrario. Quando dunque un muro che separa due fondi è costruito sul suolo d'uno dei vicini, si suppone che appartenga a quest'ultimo, ma lo si presume altresì comune in forza dell'articolo 653. In questo conflitto, spetta al giudice pronunziarsi in favore dell'una o dell'altra di queste presunzioni, secondo i fatti e le circostanze della causa; egli non può applicarle entrambe, giacchè ne risulterebbe l'assurdo che il muro sarebbe nel tempo stesso l'oggetto di una proprietà assoluta e di una comproprietà; bisogna dunque scegliere fra le due. Poichè la prova contraria è ammessa in entrambi i casi, il giudice può decidere in favore di una delle presunzioni ed escludere l'altra (1).

2. — Del titolo contrario.

532. Che s'intende per titolo? Occorrerà un atto autentico od una scrittura privata la quale constati che il muro in questione è proprietà esclusiva di uno dei vicini? La dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel respingere la prova testimoniale (2). Ciò ci sembra assai dubbio. Quando una presunzione legale ammette la prova contraria, questa prova consiste in tutti i mezzi che la legge consente per stabilire un fatto giuridico, e quindi la prova testimoniale sarà ammissibile contro le presunzioni, ben inteso nei limiti determinati dalla legge; è neces-

(1) Sentenza di rigetto dell'11 gennaio 1864 (DALLOZ, 1865, 1, 144).

(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 367, n. 333; AUBRY e RAU, t. II, p. 421 e nota 17. Angers, 3 gennaio 1850, 2, 18).

sario che il valore della controversia non ecceda le lire centocinquanta, e che concorra un principio di prova per iscritto. È questo il diritto comune; l'articolo 653 vi ha forse derogato? Esso richiede un *titolo*. Questa parola talvolta è sinonimo di atto, di scritto; ordinariamente significa un fatto giuridico che ingenera un diritto od una obbligazione; la donazione, il testamento, la vendita, la permuta, la divisione sono titoli. Occorre per la validità del titolo, che vi sia una scrittura? Per i titoli onerosi, no; la vendita può provarsi per testimoni. Se dunque i due fondi contigui fossero stati venduti, e se al momento del contratto la proprietà esclusiva del muro fosse stata riservata ad una delle parti, vi sarebbe titolo, e, secondo il diritto comune questo titolo può essere provato con testimoni, se il valore del litigio non oltrepassa le lire centocinquanta o se vi è un principio di prova scritta. Perchè l'articolo 653 avrebbe derogato a questi principii? Non se ne vede alcuna ragione, e però sarà bene l'attenersi al diritto comune.

533. Dovrà il titolo essere comune ad entrambe le parti? La Corte di cassazione ha deciso che questa condizione non è richiesta, perchè l'articolo 653 non la esige (1). Il ragionamento non ci sembra esatto. Bisogna vedere anzitutto se la condizione non risulti dai principii generali; in questo caso, non è necessario che sia riprodotta in tutti gli articoli che ne implicano l'applicazione: i principii debbono essere applicati a tutti i casi che possono presentarsi, salvo che la legge non v'abbia apportata eccezione. La questione va dunque formulata così: Vi ha una regola generale di diritto? L'articolo 653 vi apporta eccezione? Ora, è elementare che io non posso provare il mio diritto di proprietà contro di voi con un titolo che emana da un terzo. Dunque per far prova, il titolo invocato da colui che si dice proprietario deve essere comune alla parte contro cui esso intende di giovarsene (2).

3. — Dei segni che dimostrano come il muro non sia comune.

534. A termini dell'art. 654, « è segno che il muro non è comune, quando la sommità di esso da una parte è diritta ed a piombo della sua fronte esteriore, e dall'altra presenta un piano inclinato ». In questo caso si presume che il muro appartenga esclusivamente al proprietario dalla cui parte è la grondaia. La ragione sta in ciò che la grondaia è un inconveniente; se il muro fosse comune non lo si avrebbe costruito in modo che soltanto uno dei vicini avesse l'onere dello scarico delle acque; vi è dunque presunzione di proprietà esclusiva in

(1) Sentenza di rigetto del 25 gennaio 1859 (Dalloz, 1859, 1, 85).
(2) Aubry e Rau, t. II, p. 421 e nota 16. Confronta Demolombe, t. XI, p. 368, n. 344 e 345.

favore di chi lo sopporta da solo. Questo segno contrario alla comunione impresso nel muro, deve avere prevalenza sulla presunzione generale.

È ancor segno che il muro non è comune quando non vi sono che da una parte sola o lo sporto del tetto, od i cornicioni e le mensole di pietra appostivi al tempo della costruzione del muro. Lo *sporto* è una specie di tetto posto in alto del muro: quando lo sporto non esiste che da una parte, il muro presenta un piano inclinato, e per conseguenza lo stillicidio è dalla parte in cui si trova lo sporto; donde una presunzione di proprietà esclusiva in favore del proprietario che riceve le acque. Il *cornicione* è la parte dello sporto che s'avanza all'infuori del muro per impedire alle acque piovane di deteriorarlo; quando non vi sono cornicioni che da una parte sola, l'onere dello stillicidio grava esclusivamente sul fondo a questi sottostante, il che fa presumere che il padrone di esso fondo abbia la proprietà esclusiva del muro. Le *mensole* sono pietre in isporgenza destinate a sopportare le travi e i travicelli dell'edificio che si costruisce o che si deve costruire; in questo caso, si presume che il muro appartenga esclusivamente al proprietario dalla cui parte stanno le mensole, perchè la costruzione del muro sta a dimostrare come questo non debba servire che a lui (1).

La legge vuole che i cornicioni e le mensole siano di pietra. Pothier ce ne dice la ragione: gli è perchè sarebbe facilissimo ad un vicino che volesse attribuirsi la proprietà del muro, di apporre, dal suo lato, cornicioni di stucco, all'insaputa del vicino (2). Pel medesimo motivo, la legge richiede che i cornicioni e le mensole siano apposti al tempo della costruzione del muro. Se vi si collocano dopo, la ragione della presunzione cessa, e per conseguenza la presunzione di comunione conserva tutta la sua forza. Sono i periti quelli che decideranno se i cornicioni e le mensole sono stati posti al tempo della costruzione del muro. Essi stabiliranno altresì se i cornicioni e le mensole hanno la destinazione supposta dalla legge, in ragion della quale essa presume che il muro non è comune. Perciò venne giudicato che il cornicione non è più presunzione di proprietà esclusiva, quando non ha per obbietto di facilitare lo scolo delle acque (3).

Vi è qualche difficoltà per ciò che concerne la prova. In un muro esistono cornicioni di pietra; occorre che colui il quale invoca questi segni della insussistenza della comunione provi che sono stati posti al momento della costruzione? L'affermativa non è dubbia, poichè è questa una condizione richiesta dalla legge perchè la presunzione esista e spetta all'attore di dimo-

(1) Pardessus, t. I, p. 379, n. 205. Demolombe, t. V, p. 308, n. 309. Demolombe, t. XI, p. 370, n. 236.
(2) Pothier, *De la société*, n. 205. Demolombe, t. XI, p. 372, n. 337.
(3) Rennes, 9 luglio 1821 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 436).

strare l'esistenza della presunzione che egli invoca. Ma che bisogna decidere se questi segni esistono da oltre trent'anni? Merlin risponde che la loro esistenza trentennale è una presunzione legale che sono stati fatti secondo regola (1). Ciò è dubbio. In ogni caso, l'espressione non è esatta: non può parlarsi di presunzione legale senza una espressa norma di legge. Bisogna dunque vedere se la prescrizione trentennale dispensi colui che invoca i segni della mancanza di comunione dall'obbligo di provare che sono stati posti al momento della costruzione. La prescrizione fa acquistare la proprietà; vedremo in appresso se i segni in controversia possano essere combattuti con la prescrizione. Pel momento si tratta di sapere se colui che li allega sia, dopo trent'anni, dispensato dal dimostrare che i medesimi siano stati apposti quando si costruiva. La prescrizione trentennale ha due effetti: è estintiva od acquisitiva. La prescrizione acquisitiva è fuori di causa; essa esige condizioni speciali di possesso. Quanto alla prescrizione estintiva, non potrebbe essere opposta al vicino che nulla domanda, avendo per sè la presunzione di comunione; è l'altro proprietario che si giova dei segni contrari alla medianza per sostenere che è proprietario esclusivo: occorre che lo dimostri; ora, può egli ritenersi dispensato dalla prova perchè lo stato delle cose sul quale si fonda esiste da trent'anni? La legge non annette questo effetto alla lunga durata dei segni; e, nel silenzio della legge, noi non vediamo su qual principio dovremmo fondarci per dispensare l'attore dal provare il fondamento della sua domanda.

535. Se i segni di cui è parola si trovano da ambe le parti del muro, si presumerà questo comune? Nello antico diritto, si ammetteva questa presunzione. Il codice non la riproduce, e ciò decide la questione. Se il muro è uno di quelli che l'art. 653 presume comuni, non si ha bisogno d'invocare i segni che escludono la comunione. Che se il muro non viene dalla legge presunto comune, è per lo stesso motivo proprietà esclusiva di uno dei vicini, e questa prova non può essere combattuta con segni i quali sembrano indicare che il muro è comune; ciò può essere probabile, ma una probabilità non è una presunzione legale. Se dunque nei campi vi fosse un recinto, e la proprietà contigua non fosse murata, il muro sarebbe proprietà di quegli cui il recinto appartiene, ancorchè presentasse da entrambe le parti segni contrari alla comunione, ad esempio, sporti o cornicioni (2).

536. Si possono invocare altri segni che il muro non è comune oltre quelli che sono enumerati nell'art. 654? La questione è controversa ed ha dato luogo a tre diverse opinioni. A noi però non sembra dubbia. L'art. 653 comincia col dire che le

---

(1) Merlin, *Répertoire*, alla parola *Mitoyenneté*, § 1, 6, seguito da tutti gli autori (Aubry e Rau, t. II, p. 422 e nota 20).

(2) Demolombe, t. XI, p. 374, n. 339. Duranton, t. V, p. 314, n. 313. Aubry e Rau, t. II, p. 422 e nota 23.

presunzioni di comunione vengono meno quando vi sono segni in contrario. Se il legislatore avesse voluto ammettere tutti i segni che erano in uso o che potessero introdursi in avvenire, avrebbe dovuto limitarsi a stabilire il principio rinviando agli usi locali: ha forse fatto ciò? Niente affatto; egli definisce con cura nell'art. 654 quali sono i segni che il muro non è comune. Invano si dice che l'articolo non è concepito in termini restrittivi; la restrizione risulta dalla natura stessa di questi segni. Infatti essi stabiliscono una presunzione di proprietà esclusiva: « *in questi casi*, si presume che il muro appartenga esclusivamente al proprietario dalla cui parte stanno lo stillicidio, le mensole od i cornicioni ». Vi è dunque una presunzione di proprietà *nei casi* previsti dalla legge. Le presunzioni possono forse applicarsi in modo estensivo? Il solo formulare la questione è una eresia giuridica, giacchè per loro essenza le presunzioni legali debbono interpretarsi ristrettivamente. Se occorresse poggiare questa decisione sulla intenzione del legislatore, noi invocheremmo l'autorità di Albisson, relatore al Tribunato, il quale dice nel suo discorso: « Il progetto imprime il suggello della legge alla comunione *presunta* »; e più innanzi: « *esso determina precisamente* i segni contrari alla comunione ». A che pro determinare con tanta precisione questi segni, entrando anche in dettagli tecnici, se si voleva far riferimento non solo al fatto attuale, ma ancora al fatto futuro? (1).

536 *bis*. Come possono combattersi le presunzioni che il muro non è comune? L'art. 653 dice che le presunzioni di comunione cedono innanzi ad un titolo od al segno in contrario; nell'articolo 654, nulla dicesi della prova contraria alla presunzione di proprietà esclusiva che risulta dai segni di non comunione. Bisogna applicar dunque il diritto comune. Ora è principio che ogni presunzione legale ammette la prova contraria, salvo che nei casi previsti dall'art. 1353, ed è certo che le presunzioni di proprietà non rientrano in alcuna di queste eccezioni. La prova contraria è dunque ammessa. Che dovrà intendersi con ciò? Le prove di diritto comune, come sono formulate nel titolo delle *Obbligazioni*. Sotto questo rapporto, vi è una differenza tra la presunzione dell'art. 654 e quella dell'art. 653. Nell'art. 653, la legge enumera le prove contrarie, e siccome non menziona che il titolo ed i segni che si oppongono alla comunione, si è concluso da ciò che fosse esclusa la prova testimoniale. Non si può dir questo della presunzione di proprietà stabilita dall'art. 654, poichè, nel silenzio della legge, è il diritto comune che deve ricevere la sua applicazione; si possono dunque allegare non

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 422 e nota 18. Rennes, 9 luglio 1821 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 436). Angers, 3 gennaio 1850 (DALLOZ, 1850, 2, 18). In senso contrario, DEMOLOMBE, t. XI, p. 378, n. 841. Liegi, 19 gennaio 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 235). Vi è una terza opinione sostenuta da MOURLON (*Répétitions*, t. I, p. 773.

solo titoli autentici o scritture private, ma altresì la prova testimoniale, ben inteso nei limiti tracciati dal codice civile (1).

537. I segni che il muro non è comune verrebbero dunque meno innanzi ad un titolo che stabilisce la comunione. Bisogna dire di più: il titolo potrebbe stabilire la proprietà esclusiva del muro in favore di quel vicino dalla cui parte non fossero lo stillicidio, i cornicioni o le mensole di pietra, poichè la presunzione non è che una probabilità, e non può parlarsi di probabilità quando si è di fronte alla certezza. Si apporta tuttavia una restrizione a questo principio: non mancano scrittori i quali sostengano che i segni prevarrebbero qualora esistessero da un'epoca posteriore di trent'anni al titolo. Noi crediamo con Duranton essere questo un errore. Il titolo offre la prova certa sia della comunione, sia della proprietà esclusiva del muro in favor di colui che non ha i segni dalla sua; ora una prova certa non può essere combattuta con probabilità; la legge ben permette di opporre dei segni di non comunione ad una presunzione di comunione, ma non permette mai di combattere un titolo mediante presunzioni. Sarebbe altrimenti se, oltre i segni contrari alla comunione, il vicino avvesse opposta a colui che ha un titolo, una contraddizione contro il diritto che ne risulta; ed ancora è dubbio che la sola contraddizione sia sufficiente; non potrebbe essere invocata, ci sembra, che in appoggio della prescrizione; poichè si ha un bel contraddire un titolo, non si può con ciò distruggere una prova alla costituzione della quale si è intervenuti, giacchè supponiamo che il titolo sia comune ai due vicini (2). Ci rimane a vedere se possa invocarsi la prescrizione.

4. — Della prescrizione.

538. Può invocarsi la prescrizione contro le presunzioni di comunione e quelle a questa contrarie? L'affermativa non è dubbia. Che è, infatti, una presunzione? Una prova che riposa sovra una probabilità. Questa prova scompare di fronte ad un titolo, vale a dire innanzi ad un fatto giuridico, come una convenzione che stabilisca in modo sicuro la proprietà o la comunione. Ora, la prescrizione è anch'essa un titolo; il codice la colloca fra i modi che trasmettono la proprietà (art. 711); essa è, anzi, il più valido dei titoli, poichè è stata stabilita precisamente per metter fine all'incertezza che lasciano le prove, siano pure le scritte. A miglior ragione potrà dunque la prescrizione

(1) DEMANTE, *Cours analytique*, t. II, p. 600, n. 507 *bis* VI.
(2) DURANTON, t. V, p. 312, n. 311 e gli autori citati da AUBRY e RAU, t. II, p. 422, nota 22. In senso contrario, PARDESSUS, t. I, pag. 377, n. 151, e TAULIER, t. II, pag. 382.

essere opposta a semplici probabilità erette in presunzioni. Quale è, in una parola, l'effetto delle presunzioni legali? Esse dispensano da ogni prova quegli in cui favore esistono (articolo 1352); ma l'altra parte è ammessa alla prova contraria; ebbene, essa fornisce tal prova collo stabilre che ha acquisita la proprietà esclusiva o la comunione col mezzo della prescrizione.

Ciò risponde all'obbiezione che si potrebbe dedurre dal silenzio della legge. Nello stabilire la presunzione di comunione per le siepi che separano due fondi, l'articolo 670 aggiunge: « Se non vi è titolo o *possesso sufficiente* in contrario ». Il codice non menziona il *possesso*, quando tratta delle presunzioni che affermano la comunione di un muro (art. 653), e l'art. 654, da cui risulta una presunzione di proprietà esclusiva, non riserva alcuna prova contraria. Ma il silenzio dell'art. 563 non vale a dimostrare più di quello che non faccia il silenzio dell'art. 654; non basta il silenzio della legge per escludere l'applicazione dei principii generali. Dal momento che non vi è più eccezione, si rimane sotto l'impero della regola (1).

539. Un muro si presume comune, a termini dell'articolo 653. Uno dei comunisti può prescriverne la proprietà esclusiva? A rigor di principio, la questione non presenta alcun dubbio. È stato sempre ammesso che uno dei comproprietarii d'una cosa indivisa possa acquistarne la proprietà esclusiva mediante la prescrizione. Ma, in fatto, sarà sempre difficile di dar la prova della prescrizione. Occorre naturalmente che esistano le condizioni richieste dalla legge; è quindi mestieri che esista un possesso a titolo di proprietario; ora, chi allega la prescrizione era comproprietario; aveva dunque il diritto di fare atti di proprietà: come distinguere il possesso in qualità di comunista da quello come proprietario esclusivo? Si dirà che vi sono atti che non possono essere compiuti dal comunista in tal qualità; se dunque li compie, vi è atto di proprietà esclusiva, perciò un possesso sufficiente per prescrivere. Ciò sarebbe vero se egli non potesse compiere questi medesimi atti a titolo di servitù; ora il comunista ben può acquistare una servitù sulla cosa comune. Donde una nuova difficoltà; praticando delle finestre in un muro comune, il comunista ha agito a titolo di proprietà o a titolo di servitù? Le difficoltà sono reali, ma una difficoltà relativa alla prova non costituisce un'impossibilità legale; queste sono questioni di fatto lasciate alla prudenza del magistrato (2).

Un muro è proprietà esclusiva d'uno dei vicini, sia che abbia un titolo, sia che dalla sua parte esistano segni contrari alla

(1) DEMANTE, *Cours analytique*, t. II, p. 599, n. 507 *bis* V.
(2) Vedi le autorità citate da AUBRY e RAU, t. II p. 421, nota 14. Pau, 18 agosto 1834 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 413, 2.°).

comunione. L'altro vicino ne potrà acquistare la medianza col mezzo della prescrizione? La decisione è identica, e le difficoltà di fatto non sono guari minori. Si può prescrivere la proprietà, dunque altresì la comproprietà. Ma come distinguere gli atti di possesso che implicano l'esercizio d'una proprietà esclusiva da quelli che non suppongono se non la comproprietà? E come distinguere il possesso esercitato in qualità di comunista da quello che si compie a titolo di servitù? È stato deciso che il fatto d'uno dei vicini di addossare contro un edificio che separa talune proprietà il muro di cinta, di appoggiarvi delle spalliere, di fissarvi degli arpioni di ferro per sostenere degli alberi, non costituisca che atti di semplice tolleranza i quali non possono fare acquistare nè proprietà nè comproprietà (1). È assai difficile approvare o giudicare sentenze basate sopra questioni di fatto, tutto dipendendo dall'apprezzamento delle circostanze della causa.

540. Qual'è l'effetto del possesso annale? Distrugge esso le presunzioni stabilite dal codice in materia di comunione? La questione si agita sopratutto per le siepi, ma può presentarsi altresì pei fossi e muri comuni; i principii, in tutti i casi sono i medesimi. I due testi sono redatti in modo diverso, ma la differenza non è significante; lo abbiamo già avvertito. L'articolo 670, a termine del quale la siepe che separa due fondi è comune, aggiunge: « Se non vi è possesso sufficiente in contrario; » gli articoli 653, 654 e 666 non contengono questa riserva. Ma è incontestabile che se il possesso annale ha forza di distruggere la presunzione di comunione d'una siepe, dev'essere sufficiente altresì per far cessare quella di comunione dei fossi e dei muri. La questione tiene divisi gli scrittori; la giurisprudenza invece è costante nel pronunciarsi contro l'effetto che si vuole attribuire al possesso annale. Noi non esitiamo a schierarci con la giurisprudenza.

Il problema si riduce a termini semplicissimi. Che cosa è una presunzione di comunione o di proprietà esclusiva? Qualunque presunzione è un mezzo di prova, null'altro che ciò, e su questo punto hanno perfettamente ragione i partigiani dell'opinione che noi combattiamo. La prova di che? Che colui il quale ha in suo favore la presunzione è proprietario o comproprietario del muro in questione. Ora che cosa è il possesso annale? Chiunque si trova da più di un anno nel pacifico possesso d'un fondo, a titolo non precario, può esercitare le azioni possessorie per farsi mantenere in possesso (codice di procedura, art. 23). Chi si pretende proprietario del fondo può agire ancora in petitorio, ma in questa sede egli deve dimostrare il suo diritto di proprietà, mentre nessuna prova incombe invece al posses-

(1) Sentenza precitata di Pau del 18 agosto 1831. Confronta DEMOLOMBE, t. XI, p. 485, n. 347; AUBRY e RAU, t. II, p. 423 e nota 24.

sore mantenuto in possesso. Come potrà l'attore far constare del suo diritto di proprietà? Darà la prova a norma del diritto comune; se dunque ha in suo favore una presunzione, potrà invocarla. Basta applicare alla nostra questione questi principii elementari per deciderla. Uno dei vicini è o pretendesi in possesso della comunione del muro; l'altro se ne dice proprietario esclusivo. Se il primo possiede da un anno, a titolo non precario, prevarrà in possessorio e il giudice di pace lo conserverà nel possesso della comunione. L'altro potrà agire in petitorio e sarà tenuto a provare il suo diritto. Come lo dimostrerà? Secondo il diritto comune, quindi invocando un titolo o la prescrizione; può altresì ricorrere alle presunzioni stabilite dagli articoli 653 e 654, ed è questa la più semplice delle prove, poichè risulta dalla legge. Il suo compito si limiterà quindi a dimostrare che in suo favore esiste realmente la presunzione. Il convenuto gli opporrà il possesso annale? dirà che questo possesso distrugge la presunzione legale? Lo si pretende; ma ciò è in opposizione coi principii elementari che abbiamo menzionati. Il possesso annale altro effetto non ha che di conservare il possessore nel suo possesso, e di costringere il suo avversario ad agire in petitorio, ove, come attore, dovrà provare la sua proprietà. Ebbene, egli la prova con la presunzione legale degli articoli 653 e 654. Invano il possessore gli opporrà che il possesso annale stabilisce in suo favore una presunzione di proprietà; il solo effetto di questa presunzione è di conservarlo nel possesso e di rigettare sul suo avversario l'onere della prova quando la discussione s'impegnerà in petitorio. Egli dà questa prova invocando la presunzione legale di conformità agli articoli 1350 n. 2 e 1352. Nulla più di ciò gli può incombere, salvo il diritto del convenuto alla prova contraria. Questa, evidentemente, non potrà esser fornita dall'opponente giovandosi del possesso annale, poichè il possesso annale nulla ha di comune con la proprietà (1).

III. — Obblighi derivanti dalla comunione.

a) *Riparazioni e ricostruzione.*

541. La medianza è una comproprietà. Donde segue il principio formulato da Pothier: « La comunione del muro dà origine, tra i comproprietarii, alle medesime obbligazioni che ingenera la comunione delle altre cose ». Ciascuno dei vicini,

---

(1) DEMOLOMBE, t. XI, pag. 386, n. 349. AUBRY e RAU, t. II, p. 422 e nota 21, MARCADÉ, t. II, p. 581-483, articolo 670, n. III. In senso contrario, DURANTON, t. V, p 317, n. 315. DUCAURROY. BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 206, n. 305; MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 783. Riferiremo la giurisprudenza trattando delle siepi comuni.

continua Pothier, è dunque obbligato di apportare alla conservazione del muro comune le cure che i padri di famiglia hanno per costume di usare nella conservazione di ciò che loro appartiene. Se dunque il muro fosse deteriorato o rovinato per colpa dei comunisti, per essere stato rovinato dai carri di questo vicino, o da quelli che egli ricevesse nella sua corte, sarebbe questi tenuto a riparare od a ricostruire il muro a sue spese, poichè è in colpa di non aver posto i ripari d'uso o di non aver preservato il muro in altro modo, come farebbe qualunque proprietario (1).

542. L'articolo 655 consacra una conseguenza di questi principii: « La riparazione e la ricostruzione del muro comune sono a carico di tutti quelli che vi hanno diritto, e in proporzione al diritto di ciascuno ». Siccome il muro può non essere comune per l'intiero, le spese debbono essere proporzionate alla parte che spetta a ciascuno. Per la porzione comune, esse debbono venir sopportate ugualmente, vale a dire per metà, qualunque sia il valore dei due fondi, il muro non cessando di essere una proprietà in comune fra i due vicini. Non vi è a distinguere se le riparazioni sono necessarie da una parte sola del muro, o se occorrono su entrambe. Una sentenza della Corte di Grenoble ha deciso che, nel primo caso, il proprietario dal cui lato si fanno le riparazioni debba solo pagare le spese (2). Bisogna ben guardarsi dall'erigere in principio questa decisione, la quale può essere giusta in fatto, se vi è colpa da parte di questo proprietario; ciò che non è constatato dalla sentenza. Se non vi è colpa, bisogna applicare il principio secondo il quale, dove uguali sono i diritti e gli interessi, anche gli oneri debbono sopportarsi in comune (3).

543. Se le riparazioni e ricostruzioni si sono rese necessarie per colpa d'uno dei vicini, le spese saranno a suo carico. È la conseguenza del principio stabilito da Pothier (n. 541). Bisogna aggiungere ch'egli sarà tenuto a rimediare al danno che le riparazioni o le ricostruzioni potranno cagionare all'altro comproprietario; tali sono le privazioni di godimento, gl'incomodi, le perdite che il vicino avrà sofferte. È l'applicazione del diritto comune in riguardo ai fatti dannosi. Domat, seguendo in ciò le leggi romane, apporta una restrizione a tale obbligo: se il vicino avesse fatto eseguire sul muro comune delle pitture preziose, non gli si dovrebbe tener conto che del valore di pitture ordinarie, essendo egli stesso colpevole, in questo caso, di qualche imprudenza (4). I giudici possono ammettere questo temperamento d'equità; poichè spetta loro di valutare la causa dei danni-interessi e di determinarne lo ammontare.

(1) Pothier, *De la société*, n. 219.
(2) Grenoble, 20 luglio 1822 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 476, 2.°).
(3) Demolombe, t. XI, p. 447, n. 387. Aubry e Rau, t. II, p. 423 e nota 52.
(4) Domat, *Lois civiles*, lib. I, tit. XII, Sez. IV, n. 4.

544. Uno dei vicini demolisce le costruzioni che s'appoggiavano al muro comune ed eleva nuove costruzioni più considerevoli; avviene che il muro non è capace di sostenerle. Si domanda se il muro più robusto che dovrà essere costruito sarà un onere comune. È stato deciso che l'articolo 655, mettendo a carico dei due comproprietari la riparazione e la ricostruzione del muro comune, dev'essere ristretto al caso in cui la necessità della riparazione e della ricostruzione proviene dalla vetustà e dalla forza maggiore; ma che non potrebbe essere applicato a quello in cui, essendo il muro buono e durevole, uno dei comproprietari volesse appoggiare contro il muro comune costruzioni molto più considerevoli di quelle precedenti; che spetta allora al vicino nel cui interesse dev'essere fatta la ricostruzione, sopportarla a sue spese con tutte le sue conseguenze (1). Questa decisione non è forse troppo assoluta? A termini dell'articolo 657, ogni comproprietario può far costruzioni contro un muro comune. Se costruisce e se il muro non è nello stato di sopportare la nuova opera, sarà egli solo tenuto a pagare le spese del muro più solido? No, certo, poichè costruire contro il muro comune è un diritto del comproprietario; essendo il muro destinato a sopportare le costruzioni dei due vicini, dovrà essere ricostruito a spese comuni, ancorchè fosse buono e durevole. Che se uno dei comproprietari demolisse un edificio per costruirne un altro più considerevole, dovrà in tutti i casi pagar le spese del nuovo muro (2)? La legge non determina quali sono le costruzioni che uno dei vicini può fare; in che si troverà dunque il limite di ciò che gli sarà permesso e di ciò che non gli è lecito? A rigor di principio, bisognerà dire che egli non eccede il suo diritto. Tuttavia vi è un temperamento d'equità; il muro comune è destinato a sostenere edifici ordinarii, case borghesi: se uno dei vicini vuol costruire una fabbrica che abbisogna di mura specialmente robuste e vuole appoggiarvi dei camini, potrà il giudice mettere a suo carico una parte maggiore delle spese, ed anche la spesa intera, se il muro fosse abbastanza solido per sopportare una costruzione ordinaria. Non è senza una certa esitanza che noi esprimiamo questa opinione: i tribunali non hanno più il potere che avevano nell'antico diritto, non possono più decidere secondo l'equità, perchè li vincola il testo del codice; ora la lettera della legge, lo ripetiamo, non porta alcuna restrizione al diritto di costruire. Noi preferiamo sempre di attenerci alla interpretazione letterale.

Vi sono tuttavia delle limitazioni all'obbligo di ricostruire il muro comune. Ecco ciò che Pothier insegna a questo proposito, ed avendo il legislatore seguìto in questa materia l'antico diritto, bisogna interpretare il codice con la tradizione consuetu-

(1) Orléans, 22 maggio 1866 (DALLOZ, 1866, 2, 88).
(2) Confronta PARDESSUS, t. I, p. 388, n. 167.

dinaria. Il vicino, egli dice, non è obbligato di contribuire alla ricostruzione del muro se non giusta la sua altezza primitiva: era questa la disposizione formale della consuetudine di Parigi (art. 210); se uno dei comproprietari vuole innalzare il muro, deve farlo a sue spese. Parimenti, aggiunge Pothier, il vicino non deve contribuire alla ricostruzione del muro se non in ragione del valore di un muro della medesima qualità; chi vuol ricostruire un muro con materiali più costosi, deve sopportare del proprio il dippiù della spesa. L'equità veniva ancora una volta a modificare questa decisione. Se, per un erroneo principio di economia, dice Pothier, l'antico muro non fosse stato costruito abbastanza solidamente, io potrei obbligare il vicino a contribuire alla costruzione d'un muro più solido, purchè esso fosse tale da potersi far riconoscere anche giudizialmente che il comune interesse richiedeva fosse così costruito (1).

545. Quando si tratta di ricostruire il muro comune, occorre constatare anzitutto che vi è necessità. Uno dei vicini non può dunque demolire il muro senza il consenso del comproprietario. È stato deciso che se il vicino fa abbattere il muro senza avere ottenuto questo consenso, non sarà ammesso a provare con testimoni il cattivo stato del muro: che egli deve imputare a sè stesso di non avere usato dei mezzi che la legge gli accordava; che, avendola perciò violata, deve sopportare le conseguenze di questa infrazione volontaria (2). Questa massima è severa, ma giusta. La prova testimoniale non è ammessa se non quando chi l'allega si è trovato nella impossibilità di procurarsi una prova scritta. Ora, nella specie, non solamente è possibile, ma è doveroso pel vicino di domandare il consenso dell'altro, e perciò di procurarsi una prova scritta. Quindi la prova orale deve essere rigettata.

b) *Della facoltà di rinunciare alla comunione.*

546. Secondo l'articolo 656 « ogni comproprietario di un muro comune può esimersi dal contribuire alle riparazioni e ricostruzioni rinunciando al diritto di comunione ». È questa l'applicazione d'un principio generale; quando non siamo obbligati che in relazione ad una cosa che possediamo, possiamo liberarci dalla obbligazione abbandonando la cosa stessa. Ora, il comproprietario d'un muro comune non è tenuto a riparare ed a ricostruire che in ragione del suo diritto di comproprietà: rinunciando alla facoltà che gli spetta sulla cosa comune, cessa pel medesimo motivo di esser tenuto agli oneri che sono una con-

(1) Pothier, *De la société*, n. 222; Aubry e Rau, t. II, p. 424, nota 20.
(2) Bourges, 14 gennaio 1834 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 492).

seguenza di tale diritto. Il codice dice che deve rinunciare al *diritto di comunione;* la consuetudine di Parigi era più esplicita, essa diceva: « il vicino deve abbandonare il suo diritto di comunione del muro e del terreno sui cui questo è poggiato » (Art. 210). Infatti, egli deve rinunciare alla cosa in ragione della quale è tenuto, vale a dire il muro comune; ora, il muro non si concepisce senza il suolo sul quale è costruito, e col quale viene a formare un sol tutto (1).

547. Il codice suppone che venga ceduta la intiera comunione. Questa supposizione è una condizione della rinuncia, ovvero si può rinunciare alla comproprietà parzialmente? A primo aspetto, si sarebbe tentati di pronunciarsi contro la rinuncia parziale. Infatti, la legge dice che si deve rinunziare al diritto di comunione; essa non permette una rinuncia parziale e se ne capisce il perchè; il vicino si limiterebbe sempre a rinunciare alla comunione della parte del muro che deve essere riparata o ricostruita: questo calcolo non è contrario all'equità? La Corte di Besançon ha deciso in questo senso, ma la sua sentenza è stata cassata, e doveva esserlo. Risulta dall'articolo 661 che la comunione è un diritto divisibile, poichè si può acquistarla in parte. Ciò decide la nostra questione; se la comunione può acquistarsi per parti, nulla impedisce di rinunciarvi parzialmente. Quanto all'equità, essa è fuori causa; s'intende da sè che la rinuncia parziale in nulla può nuocere al comproprietario del muro comune. Con questa riserva che la Corte di cassazione fa in termini formali, la rinuncia ad una parte del muro nulla ha più di contrario all'equità (2).

548. L'articolo 656 pone una restrizione alla facoltà di rinuncia che stabilisce: « Purchè il muro comune non sostenga un edificio appartenente a colui che vi rinuncia ». Questa limitazione risulta dal principio medesimo su cui è fondata la facoltà di rinunciare alla comunione. Si può essere liberati dall'obbligo di contribuire alle riparazioni e ricostruzioni del muro rinunciando al diritto sul muro, ma non si può essere esonerati dal carico pur conservando il diritto; ora, appoggiando un edificio al muro, si conserva il diritto di comunione: quindi la rinuncia è impossibile. Sarebbe lo stesso se colui che vuol fare la rinuncia al muro comune, ne ritraesse un'utilità qualunque; egli non può servirsi del muro se non quando è comune; vi è dunque contraddizione tra il valersi del muro ed il rinnnziare alla comunione. L'articolo 656 non parla, è vero, che del caso in cui il muro sostiene un edificio, ma nulla ha di restrittivo; è l'applicazione d'un principio, ed il principio va naturalmente esteso a tutti i casi analoghi (3).

---

(1) Pothier, *De la société*, n. 221. Aubry e Rau, t. II, p. 324 e nota 27.
(2) Sentenza di cassazione del 3 aprile 1865 (Dalloz, 1865, 1, 176).
(3) Parigi, 4 febbraio 1879 (Dalloz, 1879, 2, 217).

L'applicazione dell'art. 656 solleva una difficoltà che ha scissi i tribunali e le Corti di appello nel deciderla. Nella specie, il comproprietario di un muro comune aveva fatta la rinuncia, allorchè il muro sosteneva ancora un edificio di sua spettanza, ma assumendo l'obbligo di demolirlo. Avvenne che la demolizione dell'edificio addossato al muro, lo fece rovinare; il comproprietario pel cui fatto questo danno si verificò, sostenne ch'egli non ne era responsabile, poichè aveva cessato d'essere comproprietario rinunciando al suo diritto di comunione. Questa pretesa, rigettata dal tribunale di prima istanza, fu ammessa dalla Corte di Montpellier; ma la sentenza venne cassata. Infatti, essa è in opposizione formale col testo del codice. L'articolo 656 non permette di rinunziare alla comunione a quegli il cui edifizio è sostenuto dal muro; e la Corte di Montpellier aveva sanzionata la rinunzia, quantunque vi fosse un edificio sostenuto dal muro alla cui comunione si rinunziava. Invano il comproprietario diceva che erasi obbligato a demolire l'edificio; la legge non si contenta di quest'obbligo, essa vuole che non vi sia edificio; perciò fino a quando ve n'è uno, la rinuncia è impossibile. Questa esigenza della legge è fondata sulla giustizia e sulla ragione. Supponiamo che il comunista incominci dal demolire l'edificio, come vuole il codice; la demolizione cagiona la rovina del muro: certamente, il comproprietario dovrà ricostruirlo a sue spese. Non gli si può permettere quindi di fare una rinunzia condizionale affrancandosi dall'obbligo che grava su di lui di nulla fare che leda il diritto del suo comproprietario. Dunque la rinuncia condizionale implica l'obbligo di riparare il danno che potrà cagionare la demolizione (1).

549. Dicendo che, per la rinuncia alla comunione, il comproprietario del muro può affrancarsi dall'onere di contribuire alle riparazioni e ricostruzioni, la legge suppone che non vi sia alcuna colpa da sua parte. Se le riparazioni e ricostruzioni sono state cagionate per sua colpa, egli deve sopportarne le conseguenze; e dovrà quindi pagarne le spese nonostante ogni rinuncia che egli facesse al suo diritto di comunione. Egli può affrancarsi da un onere reale cui non è tenuto che come detentore della cosa comune; ma non può liberarsi dai vincoli di una obbligazione personale; ora, il fatto dannoso costituisce un quasi delitto, ed il quasi delitto ingenera una obbligazione personale che il debitore non può mai dispensarsi dal compiere.

550. La rinuncia alla comunione ha per effetto di conferire al comproprietario la proprietà esclusiva del muro. Ma in qual modo può la comproprietà trasformarsi in proprietà esclusiva? Occorre a ciò il consenso del comproprietario, poichè nessuno può divenire proprietario suo malgrado. Donde segue che, tra i due vicini, interviene un contratto. L'uno domanda che l'altro

---

(1) Sentenza di cassazione del 16 dicembre 1863 (Dalloz, 1864, I, 109).

contribuisca alle riparazioni e ricostruzioni; costui risponde rinunciando al suo diritto di comunione. Se il primo accetta questa rinuncia, vi è concorso di consenso, perciò contratto; l'accettazione del resto può essere espressa o tacita. Il contratto che si forma mediante la rinuncia è fatto sotto la condizione espressa o tacita che il vicino cui vien fatto l'abbandono riparerà e ricostruirà il muro? Già, nell'antico diritto, Pothier insegnava che se il proprietario del muro lo lasciasse cadere in rovina, il vicino potrebbe revocare la rinuncia e reclamare per conseguenza la divisione dei materiali e del suolo. E gli autori moderni seguono tutti questa opinione, invocando il principio della condizione risolutiva tacita (1). Ciò è incontestabile se si ammette l'esistenza d'un contratto, fatto sotto la condizione che il vicino riparerà o ricostruirà il muro. Tale è infatti l'intenzione delle parti. Se la rinuncia al muro non dovesse avere questo effetto, non avrebbe causa; niuno dei vicini volendo provvedere alle riparazioni che il muro esigesse, questo cadrebbe in rovina; in tal caso, si divideranno i materiali ed il suolo. Quando dunque si fa la rinuncia, gli è nell'intenzione che il muro sarà riparato o ricostruito. Tuttociò è tacito, ma poco importa; non occorre che il consenso sia espresso.

IV. — Diritti risultanti dalla comunione.

a) *Principio.*

551. È un principio generale, dice Pothier, che la comunione di una cosa attribuisce a ciascuno di coloro cui essa appartiene in comune il diritto di servirsene per gli usi cui è destinata di sua natura, col temperamento però che egli ne deve usare da buon padre di famiglia, ed in guisa di non recare alcun pregiudizio agli altri comunisti e di non impedirne l'uso che questi ne debbono ugualmente avere. Bisogna aggiungere che sotto taluni aspetti la medianza conferisce diritti più estesi che la comunione ordinaria. Tanto i soci quanto i comunisti non possono fare alcuna innovazione sulla cosa comune senza il consenso degli altri; mentre i comproprietari d'un muro comune possono invece fare delle innovazioni (2). Così essi possono elevare il muro comune, il che costituisce una innovazione; possono farvi collocare travi e travicelli per tutta la grossezza del muro (art. 657 e 658). Il diritto di medianza si approssima dunque al diritto di proprietà esclusiva: nei casi che abbiamo

---

(1) POTHIER, *De la société*, n. 221. AUBRY e RAU, t. II, p. 424 e nota 31, e gli autori che vi sono citati.

(2) POTHIER, *De la société*, n. 207. DEMOLOMBE, t. XI, p. 456, n. 396.

citati, il comproprietario agisce solo, senza il concorso del suo vicino, come se fosse unico proprietario.

Ciò è tuttavia controverso, ed i dubbi non mancano. Gli articoli 657 e 658 non richiedono il concorso di volontà dei due comproprietari per le costruzioni che uno di essi voglia appoggiare al muro comune, nè per l'innalzamento di questo. Da ciò si è concluso che il diritto di costruire o d'innalzare è assoluto. Ma ecco la ragione del dubbio. L'art. 662 dice che « uno dei vicini non può praticare nel corpo del muro comune alcun incavo, nè applicarvi od appoggiarvi alcuna opera *senza il consenso dell'altro*, o senza avere, dietro il suo rifiuto, fatti regolare col mezzo di periti i mezzi necessari perchè la nuova opera non riesca nociva ai diritti dell'altro ». Questa disposizione è altrettanto generale ed assoluta quanto gli articoli 657 e 658. Si concluderà da ciò che essa debba trovare applicazione anche al caso della costruzione e dell'innalzamento? È questo il parere della maggior parte degli autori (1). Vi è una sentenza contraria della Corte di cassazione in materia d'innalzamento (2). Noi crediamo che la decisione sia fondata. Quanto al diritto di costruire l'articolo 657 lo consacra in termini assoluti, come un diritto derivante dalla comunione, senza subordinarlo alla condizione d'un consenso preliminare o di una perizia. In questo punto, sembra che gli autori del codice abbiano seguìta l'autorità di Pothier, il quale insegna che costruire contro il muro comune è fare un uso naturale di questo; è per questo motivo, egli dice, che si costruisce. È vero che le antiche consuetudini aggiungevano varie restrizioni all'esercizio di questo diritto; ma il codice non ne ammette che una, quella formulata nell'art. 657. Invano si dice che l'art. 662 contiene una restrizione generale; se tale veramente fosse, la legge non entrerebbe nel dettaglio delle opere per le quali richiede il concorso di volontà di entrambi i vicini, od almeno una perizia. Bisogna decider dunque che l'art. 662 s'applica alle opere diverse dalle costruzioni e dall'innalzamento del muro comune. Ciò che rende dubbia la questione, è che da questa interpretazione risulta una anomalia, una specie d'inconseguenza. Le opere più importanti che un comunista possa fare sono certamente il costruire contro il muro e l'innalzarlo. Egli non ha bisogno, per ciò, del consenso del suo comproprietario. Al contrario questo consenso, od almeno una perizia gli occorre pei lavori di minore importanza enumerati dall'art. 662. Si risponde che le costruzioni fortificano il muro, mentre i lavori preveduti dall'art. 662 potrebbero indebolirlo. La risposta non è decisiva, poichè le costruzioni possono essere eccessive, possono oltrepassare il limite delle co-

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 424 e nota 32, e gli autori che vi sono citati.

(2) Sentenza di rigetto del 18 aprile 1866 (DALLOZ, 1866, I, 336). Vedi in questo senso, DURANTON, t. V, p. 380, n. 335. MOURLON (secondo VALETTE), t. I, p. 779.

struzioni ordinarie: non sarebbe giusto e prudente insieme, per prevenire le contestazioni e le liti, di richiedere il consenso od una perizia?

b) *Delle costruzioni.*

552. L'articolo 657 prescrive: « Ogni comproprietario può far fabbricare appoggiando ad un muro comune, ed immettervi travi e travicelli per tutta la grossezza del muro ad esclusione di cinquantaquattro millimetri (due pollici), senza pregiudizio del diritto che ha il vicino di far accorciare la trave fino alla metà del muro, nel caso in cui egli volesse collocare una trave nello stesso punto, od appoggiarvi un camino ». Il comproprietario, avendo il diritto di fabbricare appoggiando al muro, deve avere anche quello di attraversarlo per immettervi le travi ed i travicelli che sostengono il suo edificio. Nell'antico diritto, le consuetudini differivano sul punto di conoscere se il comproprietario potesse immettere travi per tutta la grossezza del muro. La consuetudine di Parigi non gli permetteva di farlo che sino alla metà della grossezza del muro; ma questa restrizione era caduta in desuetudine; si consente oggidì, dice Pothier, che s'introducano travi per tutta la grossezza del muro comune, ad esclusione di due pollici, perchè essa sia sempre ricoperta dalla stabilitura. Goupy, l'annotatore di Desgodets, ci insegna la ragione di questa modificazione invalsa nell'uso. Non si costruisce altrettanto solidamente quanto una volta, egli dice, non avendo ora i muri più di diciotto pollici di grossezza; se le travi non fossero immesse che sino al punto di mezzo, non avrebbero abbastanza forza. Risulta da ciò un inconveniente, aggiunge Goupy: quando il vicino apporta qualche cambiamento nel suo camino, si è obbligati a tagliare a colpi d'ascia (1) le estremità di queste travi per porre al disopra carico sufficiente che le garantisca dal fuoco. Gli autori del codice civile hanno sanzionata questa consuetudine (2).

553. Chi costruisce appoggiando al muro comune non ha bisogno del consenso del suo vicino. Ma se si trattasse di praticare degli incavi nel corpo di un muro comune per qualunque altra causa, l'articolo 662 deve ricevere la sua applicazione. Occorrerà che il comproprietario ottenga il consenso del suo vi-

---

(1) Il testo ha *ébauchoir*. Tale istromento consiste propriamente in una specie di forti cesoie ad uso dei magnani. Esso serve a raccorciare i pezzi di legno senza smuoverli.

(2) POTHIER, *De la société*, n. 207. GOUPY. Note su DESGODETS, articolo 208 della Consuetudine di Parigi, n. 1. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 194, n. 289, e p. 195, nota 2.

cino, e dietro il suo rifiuto, che vengano determinate, col mezzo di periti, le operazioni necessarie perchè la nuova opera non riesca nociva ai diritti dell'altro. Pardessus va più oltre; egli dice che uno dei comunisti non può fare un armadio, una nicchia, un tubo, un fumaiolo nel muro comune. Che avverrebbe, infatti, se il vicino volesse alla sua volta, valersi del medesimo diritto? Non rimarrebbe fra di essi alcuna separazione, od almeno non ne rimarrebbe che una insufficiente. Questa opinione è inammissibile; essa dice tutto il contrario di ciò che è scritto nella legge. L'articolo 657 accorda al comproprietario il diritto di praticare incavi nel corpo del muro comune, senza distinguere quali sono le opere che egli si propone di eseguire. In caso di dissenso tra i vicini, i periti prescriveranno le misure opportune a tutelare i diritti del comproprietario (1). Se la grossezza del muro non permette di praticarvi delle opere, i periti constateranno il fatto ed il tribunale proibirà al comproprietario d'eseguire i lavori. E stato deciso, in applicazione di questi principii, che non restringendo la legge la facoltà di praticare un incavo per un genere di costruzione speciale, questa facoltà dev'essere estesa alla costruzione d'un camino; la sentenza fa tuttavia una riserva che deriva dal testo e dallo spirito della legge, quella cioè che i due comproprietari possano godere dell'uguale diritto senza compromettere la solidità del muro e far temere pericoli d'incendio. La Corte aggiunge che tale è l'uso costantemente seguito nella pratica. Si obbiettava l'articolo 657, a termini del quale uno dei comproprietari può fare ridurre la trave del vicino alla metà, quando vuole addossarvi un camino; la sentenza rispondo che questa restrizione ha luogo per un caso speciale, quello dell'esistenza d'una trave; non è dunque applicabile quando questa non esiste (2).

554. L'articolo 662 limita i diritti dei comunisti, come sono stabiliti dagli articoli precedenti. Esso devesi interpretare restrittivamente; quando non si tratta di praticare un incavo nel corpo del muro comune, nè di applicarvi o appoggiarvi un'opera, non può più farsi ricorso all'articolo 662; non occorre che si richiegga il consenso del vicino, nè che si faccia ricorso ad una perizia. Se il vicino contesta il diritto del suo comproprietario, se provoca una perizia, fa delle spese frustranee, che per conseguenza, restano a suo carico (3). In conformità a questo principio d'interpretazione, è stato giudicato che non bisogna applicare le disposizioni dell'articolo 662 quando si tratta di oggetti mobili, come piastre o banchi di ferro che il vicino stenda od appoggi contro un muro pel servizio di un magaz-

---

(1) Pardessus, t. I, p. 395, n. 172. In senso contrario, Demolombe, t. XI, p. 474, n. 411; Aubry e Rau, t. II, p. 425 e note 33 e 34.
(2) Digione, 18 agosto 1847 (Dalloz, 1848, 2, 103).
(3) Sentenza di rigetto del 7 aprile 1858 (Dalloz, 1858, 1, 407).

zino e di un cantiere. La legge non parla che di *opere*, il che suppone lavori fatti nel muro (1).

a) *Dell'innalzamento del muro comune.*

1. — Del diritto d'innalzare.

555. A termini dell'articolo 758, « ogni comproprietario può innalzare il muro comune ». La legge non subordina questo diritto ad alcuna condizione; esso è dunque assoluto. Pothier lo ha già osservato per ciò che riflette l'antico diritto. La consuetudine di Parigi era più esplicita del codice civile: essa permetteva ad un vicino di innalzare il muro comune, *quanto gli sembrasse conveniente,* senza il consenso dell'altro (art. 195). L'articolo 658, al pari della consuetudine, non restringe la facoltà di innalzare al caso in cui il vicino voglia costruire. Questi può, senza costruire, innalzare il muro comune, ancorchè, come osserva Pothier, il vicino potesse soffrire da questo innalzamento per l'oscurità che si venisse con ciò ad arrecare alla sua casa. Io posso avere un altro giusto motivo di innalzare il muro, dice quello scrittore, ad esempio per toglier di mezzo le vedute del vicino che ostacolassero il mio edificio. Pothier ammette tuttavia una restrizione fondata sulla equità. Se l'innalzamento del muro e la oscurità che esso cagiona alla casa vicina fossero così grandi da rendere quest'ultima inabitabile, *sopratutto* se si potesse credere che il vicino innalzi il muro nel disegno di nuocere, potrebbe essere il caso di far ridurre l'innalzamento. La giurisprudenza era in questo senso. Pothier tuttavia non vuole che si spinga troppo oltre l'equità. Una sentenza aveva deciso in favore delle figlie dell'*Ave Maria* contro il loro vicino, il quale, pel soverchio innalzamento dell'edificio che costruiva appoggiandosi al muro comune toglieva l'aria a queste religiose: la decisione, dice Pothier, essendo fondata sovra un motivo di speciale favore dovuto a giovanette rinchiuse, le quali non possono godere dell'aria che nel loro monastero, non deve essere addotta come esempio (2).

Il codice civile riproduce la disposizione assoluta della consuetudine di Parigi, senza temperarla con le restrizioni che la equità aveva introdotte nell'antica giurisprudenza. Bisogna conchiudere da ciò che il vicino possa innalzare, ancorchè lo facesse senza utilità per sè, e nuocendo al suo comproprietario? Gli autori moderni si pronunziano per la interpretazione rigorosa della legge: essi non ammettono che una sola riserva, pel

---

(1) Metz, 25 agosto 1863 (Dalloz, 1864, 2, 111).
(2) Pothier, *De la société*, n. 212.

caso che l'innalzamento si facesse allo scopo di nuocere altrui; essi applicano, in questo caso, la massima dei giureconsulti romani, la quale fa un dovere al giudice di non favorire la malignità degli uomini. La Corte di cassazione è andata più oltre. Era constatato dalla sentenza di prima istanza, confermata in appello, che il comproprietario di un muro comune lo aveva innalzato senza utilità attuale per sè stesso ed all'*unico* scopo di cagionare un pregiudizio al suo vicino. La sentenza venne cassata. La Corte parte dal principio, generalmente ammesso, che la facoltà d'innalzare è un diritto assoluto, non sottoposto ad alcuna restrizione. Essa conchiude da ciò che ciascun vicino può usarne liberamente, purchè non attenti ai diritti che spettano all'altro comproprietario in forza della medianza. Costui non può dolersi del pregiudizio che l'innalzamento può cagionargli relativamente agli altri suoi beni. Invano pretenderebbe che lo innalzamento, senza utilità attuale pel costruttore, altro scopo non abbia che di cagionargli un pregiudizio; la Corte risponde che colui il quale usa di un diritto che la legge gli accorda è solo giudice del suo interesse (1).

Il senso morale si ribella contro una simile decisione: se la legge la imponesse, bisognerebbe obbedirvi, pur deplorando che il legislatore non abbia posto le sue prescrizioni in armonia con l'equità. Ma è ben vero che tale sia il sistema del codice civile? Esso ha riprodotto l'antica giurisprudenza che teneva conto, in una certa misura, dell'equità; non è questa già una ragione sufficiente per interpretare l'articolo 658 nel senso che si dava alla consuetudine di Parigi? Ma vi è di più. Gli autori del codice si sono allontanati dalla redazione della consuetudine. Questa diceva: « È lecito ad un vicino di alzare il muro comune *quanto gli sembra conveniente* ». L'articolo 658 non riproduce questi termini della consuetudine, come se avesse voluto lasciare aperto l'adito ad una interpretazione più equa. Non è principio del resto che il dolo fa sempre eccezione? È questo il grido della coscienza; esso non è formulato in alcuna parte dei nostri testi, e nondimeno la dottrina lo proclama e la giurisprudenza lo consacra. Non ci si venga dunque a dire che ciascuno è giudice del suo interesse! L'interesse non dà il diritto di fare il male pel piacere di fare il male. Ciò non è usare del proprio diritto, è abusarne, e contro questo abuso noi invocheremo la massima romana: *Malitiis hominum non est indulgendum.*

Noi crediamo che l'antica giurisprudenza sia più conforme ai veri principii che non la dottrina rigorosa della Corte di cassazione. La Corte applica alla comproprietà i principii che regolano la proprietà esclusiva. Qui vi è errore, a nostro parere. Che il

---

(1) Sentenza di cassazione dell'11 aprile 1864 (DALLOZ, 1864, 1, 219). Confronta la dottrina degli autori citati da AUBRY e RAU, t. II, p. 425, note 35 e 36.

proprietario esclusivo possa usare del suo diritto, anche nuocendo al suo vicino, purchè non leda il diritto di costui, è, senza dubbio, incontestabile. Ma è egli lo stesso della comproprietà? Non lo crediamo. La comproprietà impone ai comunisti delle restrizioni e dei riguardi che sono sconosciuti alla proprietà esclusiva. Il comunista eccede il suo diritto dal momento che cagiona un pregiudizio al suo comproprietario, senza che ne risulti un vantaggio per sè stesso, perchè la comunione non è già stabilita al fine che uno dei comunisti nuoccia all'altro, sibbene per la loro comune utilità. Quando i loro diritti ed i loro interessi sono in conflitto, il giudice deve intervenire per conciliarli; non bisogna che gl'interessi dell'uno siano sagrificati ad un diritto assoluto dell'altro. Non vi è diritto assoluto in materia di comproprietà. Il codice consacra questi principii, attribuendo ai giudici un potere di conciliazione quando insorgono contestazioni tra i rivieraschi d'un corso d'acqua non navigabile, i quali hanno altresì una proprietà comune od almeno un diritto d'uso comune (1). Noi crediamo che il medesimo principio debba applicarsi ad ogni comunione, e sopratutto all'indivisione forzata; se questa conferisce ad un vicino il diritto di nuocere gratuitamente al suo condomino, costui rimarrà per sempre in balìa d'un uomo malvagio, o sarà obbligato a far rinuncia della sua comproprietà; e la rinuncia sarà impossibile se, come avviene quasi sempre, il muro sostenga edificii contigui. Sarà uno stato di guerra permanente, ed in questo genere la vittoria rimane sempre al peggiore.

556. La Corte di cassazione riconosceva, nella sentenza che abbiamo discussa, che il diritto d'innalzare è limitato dalla esistenza d'una servitù che venisse acquisita dal vicino, il cui esercizio sarebbe incompatibile con l'innalzamento. Ciò non presenta alcun dubbio. Quegli il cui fondo è gravato di servitù nulla può fare che nuoccia al proprietario del fondo dominante; molto meno ancora può ostacolarla o distruggerla. Che sia una servitù di veduta o di prospetto od una servitù innominata (2), poco importa. La sola difficoltà che si presenta, ed è grande, consiste nel conoscere se le servitù di veduta e di luce possono acquistarsi colla prescrizione trentennale. Noi la esamineremo più innanzi.

2. — Obbligazioni di colui che innalza.

557. L'articolo 658 prescrive che colui il quale innalza il muro comune « deve sopportare da solo le spese dell'innalza-

---

(1) Vedi n. 335 e seg. — DALLOZ è il solo autore che si sia pronunciato in favore dell'equità (alla parola *Servitude*, n. 529 e seg.). Vi sono talune decisioni in questo senso (Bruxelles, 23 agosto 1810; Parigi, 4 maggio 1813; Metz, 12 giugno 1807, in DALLOZ, alla parola *Servitude*, nn. 530, 531).

(2) Sentenza di rigetto del 23 luglio 1850 (DALLOZ, 1850, 1, 260).

mento, le riparazioni pel mantenimento dell'alzata superiore alla cinta comune, ed inoltre l'indennità pel maggior peso in proporzione della sopraelevazione, e secondo il suo valore ». Si comprende che il vicino debba sempre un'indennità in ragione del maggior peso che risulterà dall'alzamento, poichè questo peso, qualunque sia la solidità del muro, ne affretterà la distruzione, e necessiterà riparazioni più frequenti. Venendo l'innalzamento a portar lesione ai diritti del vicino, è dovuto a questi un compenso pel pregiudizio che soffre; salvo che colui il quale costruisce ponga egli stesso riparo all'inconveniente mediante opere di rinforzo che diano al muro una maggiore solidità (1). Quale sarà l'ammontare dell'indennizzo? L'articolo 658 dice che questo deve calcolarsi in ragione al valore dell'innalzamento. Per comprendere la portata di questa disposizione, bisogna metterla in relazione con l'articolo della consuetudine di Parigi da cui è attinta. Secondo la consuetudine (art. 197), l'indennità era *di sei tese per ogni una,* vale a dire fissa, di guisa che il vicino doveva sempre pagare al suo condomino il sesto di ciò che gli costava l'alzamento. Sarà questo il significato da darsi alla parola *valore* dell'articolo 658? Duranton lo crede, ma egli non fa alcun conto delle critiche che di già si muovevano nell'antico diritto, contro la consuetudine di Parigi. Desgodets diceva che un muro costruito con materiali leggeri non costava quanto un muro formato con materiali più pesanti concludendo che bisognava regolare l'ammontare dell'indennità secondo il peso del carico. Da sua parte, Goupy obbiettava che il sesto dello innalzamento potrebbe equivalere a tutto il valore del muro inferiore ed anche oltrepassarlo. Il progetto di codice si rimetteva all'uso; vale a dire, manteneva in rigore la consuetudine di Parigi; la sezione di legislazione sostituì alla parola *uso* la parola *valore;* e siccome l'articolo 658 non riproduce la disposizione che fissava l'indennità al sesto di questo valore, bisogna decidere che i tribunali avranno il diritto d'apprezzare il valore, tenendo conto del peso; l'indennità proporzionale è un principio molto più giusto di quello che non sia quello del compenso invariabile (2).

558. A termini dell'articolo 659, « se il muro comune non è atto a sostenere l'innalzamento, quegli che vuole alzare è tenuto a farlo ricostruire per intiero a sue spese, e sul proprio suolo quanto alla maggiore grossezza ». Non può più parlarsi, in questo caso di una indennità proporzionata al peso, poichè il muro è ricostruito e rinforzato a spese del vicino che vuole alzarlo. Facendosi la ricostruzione nell'interesse esclusivo di chi vuole alzare, è giusto ch'egli soltanto sopporti le spese. So

(1) Pardessus, t. I, p. 401, n. 174. Aubry e Rau, t. II, p. 436 e nota 39.
(2) Desgodets e Goupy, *Sulla consuetudine di Parigi,* art. 197, n. 3. Duranton, t. V, p. 368, n. 330. Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 196, n. 290.

occorresse la ricostruzione o la riparazione del muro, ancorchè non si trattasse di alzarlo, il vicino dovrebbe contribuire alle spese rese necessarie dalla costruzione d'un nuovo muro, ma soltanto nei limiti dell'interesse comune ai due comproprietari; il dippiù della spesa che cagiona l'alzamento deve essere sopportato da quello nel cui interesse si fa, e se occorre un terreno più esteso, è costui che deve fornirlo (1).

Vi è una decisione della Corte di Parigi in senso contrario. La sentenza constata che il muro, quantunque difettoso, era sufficiente per sopportare le antiche fabbriche e che la costruzione era stata fatta nel solo interesse del proprietario che aveva alzato il muro. Nondimeno la Corte pose le spese di demolizione e di ricostruzione per un terzo a carico del comproprietario, perchè i nuovi muri erano assai migliori degli antichi (2). Tanto secondo il testo quando secondo lo spirito della legge, le spese avrebbero dovuto essere sopportate per intiero da quel comunista che aveva alzato il muro nel suo solo interesse: è il caso previsto dall'articolo 659 È vero che il nuovo muro era più solido dell'antico, e perciò più vantaggioso pel vicino; ma pel momento costui non ne traeva alcun profitto; a qual titolo dovea contribuire alle spese? È solamente a partire dall'istante in cui si renderà necessaria la ricostruzione dell'antico muro che il nuovo gli sarà di vantaggio, ed egli quindi dovrà contribuire alle spese da questo momento soltanto e sempre, ben inteso, nei limiti del suo interesse.

559. Il diritto di alzare non è subordinato alla condizione di ottenere il consenso del comproprietario, e, in caso di rifiuto, di ricorrere ad una perizia. Se l'alzamento rende necessaria la ricostruzione, la prudenza, in mancanza di testo, impone che l'uno dei comproprietari si consigli coll'altro, poichè bisogna constatare se lo stato del muro esiga la ricostruzione; se, in forza dell'innalzamento, il nuovo muro deve essere più robusto; se, infine, in causa del cattivo stato dell'antico muro, debba il vicino contribuire, nel limite del proprio interesse, alla spesa necessitata dalla ricostruzione. Vi ha dunque un conflitto d'interessi al regolamento dei quali importa che concorrano entrambe le parti interessate. Se uno dei vicini alzasse il muro, allorchè avrebbe dovuto ricostruirlo, sarebbe in colpa, e per conseguenza dovrebbe rispondere di tutto il danno che ne potrebbe derivare. Sarà egualmente in colpa se avendo i periti indicato le opere di rinforzo che si rendevano necessarie, egli non le abbia eseguite. In quest'ultima ipotesi potrà egli essere condannato a distruggere l'alzata, perchè val meglio prevenire il danno e le

---

(1) Pothier, *De la société*, n. 215. Pardessus, t. I, p. 401 e seg., n. 174. Orléans, 12 maggio 1866 (Dalloz, 1866, 2, 88).

(2) Parigi, 5 febbraio 1868 (Dalloz, 1868, 2, 66). Confronta la nota del relatore.

disgrazie che possono derivare da un accidente, che attendere la rovina delle costruzioni (1).

560. Questa responsabilità deriva dal quasi-delitto o dal fatto dannoso, il che suppone una colpa da parte di colui che alza o ricostruisce il muro. La Corte di cassazione ha deciso che se i due vicini hanno a rimproverarsi dei torti reciproci, esula ogni responsabilità (2). Nella specie era constatato in fatto che i lavori necessari per prevenire qualunque danno, in conseguenza dell'alzamento del muro comune, avrebbero dovuto essere eseguiti di comune accordo ed a spese comuni dai comproprietari del muro, perchè erano imposti dall'interesse d'entrambi; la sentenza soggiunge che l'uno e l'altro non avendo fatto nulla a questo scopo, i guasti sopravvenuti non potevano imputarsi che alla loro negligenza. E però necessario che il vicino il quale alza o ricostruisce costituisca l'altro in mora. Ora, la sentenza stabilisce il principio che l'alzamento possa farsi senza il consenso del comproprietario, e non dice punto che al vicino, il quale non era stato chiamato a consentire, fosse stata fatta diffida a concorrere ai lavori che l'interesse comune dei comproprietari rendeva necessari. Ci sembra che, in questa ipotesi, avrebbe dovuto verificarsi una qualsiasi costituzione in mora, al fine di stabilire la necessità dei lavori e l'interesse comune dei proprietari ad eseguirli.

La Corte di Bordeaux ha consacrato il principio che noi rimproveriamo alla Corte di cassazione di non aver formulato; tocca a colui che alza o ricostruisce di prendere l'iniziativa di tutto ciò che dev'esser fatto nell'interesse comune dei comproprietarii. Invano egli direbbe che i suoi vicini non gli hanno segnalato i pericoli che il sovralzamento del muro presentava, e che non ne hanno chiesta la ricostruzione o il rinforzo nelle fondamenta; spettava a lui, dice la Corte, assicurarsi se il muro era in istato di sopportare il sovraccarico che doveva risultare dai lavori che intraprendeva. Quanto ai vicini, se non sono chiamati a concorrere alle opere, non hanno alcuna ragione di agire (3).

561. Chi alza o ricostruisce il muro comune deve indennizzare il vicino del pregiudizio che tali opere gli cagionano? È questa una tesi molto dubbia, sulla quale ci è impossibile accogliere l'opinione generale. Si è d'accordo su due punti. Quando i due vicini concorrono all'alzamento od alla ricostruzione, avendo ciascuno un eguale interesse ai lavori, nessuno ha regresso contro l'altro, e ciascuno deve altresì sopportare le conseguenze, gl'inconvenienti e le perdite che cagionano, e siccome

---

(1) AUBRY e RAU, t. II, p. 426 e nota 40. Bruxelles, 22 febbraio 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 390).
(2) Sentenza di rigetto del 18 aprile 1866 (DALLOZ, 1866, 1, 336).
(3) Bordeaux, 21 aprile 1864 (DALLOZ, 1865, 2, 39);

concorrono entrambi ai lavori, ciascuno può prendere le misure necessarie per impedire il danno o per diminuirlo. Che se la ricostruzione è necessitata dalla colpa di uno dei comproprietari, questi deve naturalmente riparare il danno che cagiona col suo quasi-delitto; è questo il diritto comune (1). Ma che bisogna decidere se uno dei comproprietari ricostruisce il muro nel solo suo interesse? Il codice non mette a carico di colui che innalza se non le spese relative all'elevazione e l'indennità del peso che ne risulta; e quando ricostruisce, deve farlo a sue spese (art. 658 e 659). È sopratutto in quest'ultimo caso che si presenta la questione del pregiudizio. Questo non può, certamente, andar compreso nella parola *spese*. La legge non prevede dunque il caso del danno eventualmente derivabile dai lavori. Ciò vuol dire che il problema deve decidersi secondo i principii generali. Ma quali sono questi principii?

La questione era già controversa nell'antico diritto. Pothier insegna che il vicino il quale ricostruisce non deve sopportare che le spese; in queste spese egli comprende quella che bisogna fare per puntellare gli edificii del vicino. Egli non accorda alcuna indennità pel pregiudizio che può derivare all'industria od al commercio del vicino. Pothier si fonda sul vecchio adagio, che, cioè, colui il quale usa del proprio diritto non fa torto ad alcuno; ora colui che ricostruisce, avendone il diritto, non deve riparare il danno che cagiona. Tal'era altresì il parere di Desgodets. Goupy, suo annotatore, lo biasima, e si decide in favore del vicino. Si tratta, per esempio, di un individuo che ha un giuoco alla palla contro il muro comune; egli è privato degli utili del suo giuoco per tutto il tempo necessario alla demolizione e la ricostruzione del muro; gli è dovuta indennità? Sì, secondo Goupy; no, secondo Desgodets e Pothier (2).

Gli autori moderni seguono generalmente la dottrina di Pothier, salvo alcuni dissensi. Essi la restringono tuttavia in favore del vicino cui si reca pregiudizio nella stessa cosa comune; perciò gli accordano un'indennità per gli alberi, pergolati, spalliere che il vicino avesse addossati al muro, e che sono distrutti per conseguenza della ricostruzione. Taluno vorrebbe che s'indennizzasse altresì il vicino delle pitture che avesse fatto sul muro comune, e che la ricostruzione del muro obbligherà a distruggere. Ma quasi tutti sono d'accordo nel ricusare qualunque compenso pel danno che il vicino soffre negli altri suoi beni. Il principio sarebbe dunque questo: il comproprietario non deve riparare il danno che cagiona usando del suo diritto d'alzare e di ricostruire salvo che non leda il diritto di comunione del

---

(1) DEMOLOMBE, t. XI, p. 447, n. 387 e p. 451, n. 393.

(2) POTHIER, *De la société*, n. 215. GOUPY su DESGODETS, art. 196 della *Consuetudine di Parigi*, n. 5.

vicino (1). Con ciò si viene ad applicare alla comunione il principio che regola la proprietà esclusiva. Noi abbiamo già combattuta questa assimiliazione di due diritti distintissimi. A nostro parere, il comunista non può fare tutto ciò che può compiere il proprietario esclusivo; egli eccede i limiti del suo diritto nel momento in cui, senza necessità, cagiona un pregiudizio al suo vicino (n. 555). Noi esamineremo le specie che si sono presentate innanzi ai tribunali; si vedrà a quali conseguenze conduca l'opinione generale.

562. Il pregiudizio risentito più comunemente dal vicino è quello derivante dalla privazione di godimento durante il tempo necessario per le riparazioni e le ricostruzioni. Ma di ciò non è dovuto alcun compenso. Se il vicino ha locata la sua casa in tutto od in parte, deve indennizzare l'inquilino quando la privazione di godimento duri più di quaranta giorni (art. 1624); ma egli non ha diritto ad alcuna indennità. La ragione si è che il locatore si obbliga a mantenere il conduttore nel godimento della casa; se egli non adempie questa obbligazione, gli deve un compenso. Al contrario, il vicino che alza o ricostruisce non è tenuto ad alcuna obbligazione, egli usa del proprio diritto e chi usa del suo diritto non fa torto ad alcuno. Sarebbe responsabile se vi fosse colpa da parte sua, vale a dire se i lavori avessero durato troppo a lungo per la sua negligenza (2). Taluni autori si sono arrestati di fronte a questa conseguenza (3); eppure la si deve ammettere, dal momento che si ammette il principio da cui deriva. Ma è appunto il principio quello che noi impugniamo. Nella dottrina tradizionale si dice che il diritto d'alzare e per conseguenza di ricostruire è assoluto, vale a dire che il vicino può procedervi, quantunque non vi abbia alcun interesse. Così, senza utilità per sè, egli potrà cagionare un danno al suo comproprietario! Noi domandiamo se siano questi i rapporti che sorgono dalla comunione. Il muro è destinato a sostenere il mio edificio; lo si demolisce, senza alcuna ragione, mi si priva dell'uso per cui io aveva acquistata la comunione; sono obbligato a pagare un'indennità ai miei inquilini, e non ho alcun regresso contro il mio comproprietario che mi cagiona un danno pel solo gusto di procurarmelo, poichè la Corte di cassazione si spinge fino a ciò! È vero che il diritto deve qui prevalere sull'equità? Noi contestiamo il diritto. Il mio diritto è di servirmi del muro comune; e mi si priva di questo diritto demolendolo. Ove esiste comunione, ciò non può

---

(1) DEMOLOMBE, t. XI, p. 465, nn. 405 e 406; AUBRY e RAU, t. II, p. 427 e note 42 e 43. MOURLON, *Répétitions*, t. I, p. 777. Parigi, 19 luglio 1848 (DALLOZ, 1848, 1, 188).

(2) Parigi, 19 luglio 1848 (DALLOZ, 1848, 2, 168) e 5 febbraio 1868 (DALLOZ, 1868, 2, 67).

(3) TOULLIER, t. II, p. 88, n. 211. PARDESSUS, t. I, p. 400, n. 174.

farsi che per un interesse comune; se lo si compie nell'interesse esclusivo del mio vicino, e se questi mi cagiona un danno, mi dovrà un compenso perchè lede il mio diritto di comproprietà. Il codice non lo dice: poco importa! Esso non dice neppure che il proprietario non può usare del suo diritto ledendo il diritto altrui. Ciò è pure di diritto comune, ed il diritto comune deve trovar sempre applicazione. Ebbene, la restrizione che riceve la proprietà è ancor più limitata quando si tratta di comproprietà; un comproprietario non può usare del suo diritto in modo da nuocere all'altro; se lo fa, egli oltrepassa i termini del suo diritto, ed è tenuto ad una proporzionata indennità.

Vi è tuttavia un temperamento d'equità; poichè l'equità deve conciliare gli opposti interessi dei comproprietari. Essi debbono sopportare i leggeri incomodi, gl'imbarazzi passeggieri; ciò è inseparabile dalla comunione. Come dice la Corte di Parigi, gl'incomodi che risultassero dalle costruzioni tra vicini derivano dalla necessità, salvo che colui il quale costruisce non prolunghi il lavoro al di là del tempo necessario. Ma se, per l'alzamento del muro comune, il vicino trasmette il fumo nella casa del suo comproprietario, non gli dovrà accordare un compenso? La Corte di Parigi ha deciso essere conforme a giustizia che colui il quale alza nel suo interesse il muro comune, elevi a sue spese il camino del suo vicino (1). È l'applicazione della nostra dottrina, ma non ha prevalso nella giurisprudenza. È stato giudicato che colui il quale alza il muro comune per costruire non è tenuto a fare alzare i camini del vicino che sono addossati a quello, e che, per conseguenza della costruzione, si trovano ad un livello più basso. Il solo motivo che porge la sentenza, è che colui il quale ha alzato il muro ha usato del suo diritto, che lo ha fatto nel suo interesse e senza intenzione di nuocere al suo vicino (2). La Corte di Bordeaux è andata più oltre: essa ha obbligato il vicino ad elevare il suo camino nell'interesse di chi aveva alzato il muro per costruirvi (3). Così si restringe il diritto di proprietà del vicino che, in generale, soffre già per l'alzamento, nell'interesse di chi ha alzato, quantunque abbia alzato unicamente a suo vantaggio. Se si trattasse del diritto assoluto di proprietà, noi appena comprenderemmo la decisione. Tra comunisti, non arriviamo a concepire che gl'interessi ed i diritti del vicino siano sacrificati a colui che, sia per utilità, sia per suo diletto, vuole alzare.

---

(1) Parigi, 4 maggio 1813 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 531, 1).

(2) Bordeaux, 18 maggio 1849 (Dalloz, 1850, 2, 86).

(3) Bordeaux, 30 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 44). Nella specie, la casa più bassa era occupata da un panattiere. È stato deciso che il panattiere doveva, in caso d'alzamento del muro comune per opera del suo vicino, dare al tubo del suo camino l'altezza prescritta dai regolamenti, quantunque, prima dell'alzamento, il tubo fosse conforme alle disposizioni del regolamento.

2. — Conseguenze dell'alzamento.

563. Chi ha alzato il muro comune diviene proprietario esclusivo della parte alzata; ciò risulta dall'articolo 660, a termini del quale il vicino che non ha contribuito all'alzamento può *acquistare la comunione*. Prima dunque che l'acquisti, la parte alzata non era comune, ma proprietà esclusiva di chi l'ha fatta a sue spese. È vero che la parte alzata giace sopra un muro e sopra un terreno comune; ma il codice consacra questa anomalia, poichè ammette che i diversi piani d'una casa possano appartenere a diversi proprietari (art. 664). Donde segue che il vicino il quale ha alzato può esercitare tutti i diritti che derivano dalla proprietà. Egli può specialmente praticare nella parte alzata delle luci con invetriate fisse e munite di cancelli di ferro (art. 676 e 677). La Corte di Douai si è pronunziata in senso contrario, ma questa sentenza è in opposizione formale coi testo della legge. In essa è detto che la parte non comune riposando sovra un muro e sovra un terreno comune, ne risulta che la parte del muro la quale è proprietà esclusiva dell'uno non è contigua al fondo dell'altro (1). Si rispose che ciò è troppo sottile; a dire il vero, è un errore, poichè essendo la parte non comune considerata come una proprietà distinta, si dovrà propriamente dire che essa tocca immediatamente il fondo vicino. Un'altra conseguenza del diritto esclusivo di proprietà che appartiene al vicino il quale ha alzato il muro vien consacrata dall'articolo 658, ed è « che sono a di lui carico le riparazioni pel mantenimento dell'alzata superiore alla cinta comune ».

564. L'articolo 660 prescrive che « il vicino che non ha contribuito all'alzamento, può acquistarne la comunione pagando la metà della *spesa,* ed il valore della metà del suolo che fosse stato occupato per l'eccedente grossezza ». Questa disposizione è una conseguenza del principio stabilito dall'articolo 661, in virtù del quale ogni proprietario contiguo ad un muro ha la facoltà di renderlo comune. Ma vi è una differenza di redazione tra i due articoli. Quando è il vicino che acquista la comunione della parte alzata del muro appartenente a diversi proprietari, deve pagare la metà della *spesa;* quando è un proprietario che rende comune il muro appartenente al suo vicino, paga la metà del *valore.* La differenza tra il *valore* e la *spesa* può essere considerevole. Perchè la legge stabilisce condizioni diverse per l'esercizio d'un solo e medesimo diritto, l'acquisto della me-

(1) Douai, 17 febbraio 1810 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 546). In senso contrario, Duranton, t. V, p. 374, n. 333, e tutti gli autori (Aubry e Rau, t. II, p. 427, nota 44).

dianza? In generale quando si compera una cosa, la si paga ciò che vale, e non ciò che ha costato; l'articolo 661 non fa dunque che applicare il diritto comune; mentre l'articolo 660 vi deroga, senza dubbio per impedire che il vicino speculi a spese di colui che alza il muro, lasciandolo fare, salvo in seguito a comperare la comunione pagandone la metà del valore, il quale assai spesso è molto al disotto della spesa. Ma che bisogna decidere se l'acquisto è fatto in un'epoca lontana da quella in cui è stato alzato il muro? Non vi è più timore di speculazione e d'altra parte avendo il muro diminuito di valore, non sarebbe ingiusto mantenere la decisione dell'articolo 660, allorchè i motivi che lo hanno ispirato non esistono più? È questa l'opinione generale (1). A nostro parere vi è dubbio. Il legislatore non ci ha fatto conoscere le ragioni che hanno dettata la disposizione dell'articolo 660; è quindi pericolosissimo restringere l'applicazione per motivi che si suppongono soltanto negli autori del codice. Ci sembra più sicuro e più giuridico attenerci al testo.

565. Se il vicino che vuole alzare il muro comune è obbligato di ricostruirlo per intero a sue spese, il nuovo muro non diviene per questo meno comune; ciò risulta dal testo medesimo dell'articolo 659; è il *muro comune* ch'è ricostruito; il nuovo prende il luogo dell'antico. La sola differenza tra questo caso e quello in cui i due vicini lo ricostruiscono, è che, nell'ultimo, le spese sono comuni. Se il nuovo muro è comune, non si dovrà conchiuderne che sia tale per l'intiero, e che il vicino, il quale non ha contribuito alle spese di costruzione, ha i medesimi diritti di colui che lo ha alzato? Su tale questione vi è qualche incertezza nella dottrina. Un punto è però certo, cioè che se il muro venisse distrutto, ed il suolo diviso, la porzione del terreno fornita per la ricostruzione apparterrebbe esclusivamente al vicino che ha dovuto prenderla sul suo fondo; vale a dire che ne ha conservata la proprietà. Io stesso è a dirsi per la parte corrispondente dei materiali, uguale essendo la ragione di decidere; è il proprietario che li ha pagati, ed egli deve pagarli ogni qualvolta occorra la ricostruzione del muro. Non bisogna andare più oltre, e dire che il vicino, profittando della maggior solidità del muro, dovrà a colui che ha fatto le spese un'indennità proporzionata all'utile che ne ritrae? Nella dottrina da noi insegnata, l'affermativa non è dubbia; se può reclamare un compenso pel pregiudizio che soffre in conseguenza della ricostruzione, è giusto che debba pur corrisponderne uno a sua volta per l'utile che ne ricava. Secondo l'opinione generale invece, sarebbe troppo severo, diciamo anche ingiusto, tollerare che il vicino, il quale deve la ricostruzione, senza

(1) DURANTON, t. V, p. 377, n. 334. DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 198. DEMOLOMBE, t. XI, p. 418, n. 375. DEMANTE, t. II, p. 607, n. 515 *bis* I.

poter reclamare alcuna indennità pel danno che soffre, fosse tenuto a pagare un vantaggio che è ben lontano dal compensare le sue perdite (1).

d) *Limite dei diritti risultanti dalla comunione.*

566. La medianza è una comproprietà. Ora, il comproprietario pel solo fatto che non è proprietario esclusivo, non ha il potere assoluto che spetta a costui. Quale è il preciso limite dei diritti che egli può esercitare sulla cosa comune? Importerebbe molto di avere un principio certo a questo riguardo; esso preverrebbe le difficoltà che noi abbiamo riscontrate. Malauguratamente la legge è muta, ed i migliori scrittori sono fra loro in disaccordo, senza neppur darsi la pena di discutere la questione. Pothier stabilisce il principio nei termini seguenti: « Noi dobbiamo usare della cosa comune da buoni padri di famiglia, e senza cagionare *pregiudizio* a colui col quale ci è comune ». E' questo, a parer nostro, il vero principio, del quale abbiamo, più d'una volta, fatto applicazione (n. 555, 561). Pothier non vi è rimasto fedele, poichè permette al comproprietario del muro comune di alzarlo, qualunque sia il pregiudizio che cagiona al vicino, e senza alcun obbligo di compenso. Egli segue, senza rendersene conto, un principio diverso, che Zachariæ formula in questi termini: « Per quanto siano estesi i diritti nascenti dalla comunione, non può tuttavia uno dei vicini permettersi delle innovazioni che fossero di tal natura da attentare al *diritto* eguale e reciproco dell'altro » (2). Questo principio è molto più largo di quello di Pothier. Secondo quest'ultimo, il comunista eccede il suo diritto dal momento che cagiona un *pregiudizio* al suo vicino. Secondo il primo, egli è nel suo diritto finchè non lede il *diritto* del vicino, ancorchè gli cagionasse un pregiudizio. A dire il vero, è questo il principio che regola la proprietà esclusiva, poichè anche il proprietario deve rispettare i *diritti* dei suoi vicini. Non è questa una prova che il principio di Zachariæ è troppo vasto? Non è possibile che al comunista sia accordato un potere altrettanto esteso quanto quello del proprietario. Il limite delle sue facoltà è più ristretto che comunemente non si dica; il suo diritto si ferma ove sorge un pregiudizio pel comproprietario.

567. Il codice non prevede che una conseguenza del principio, sulla quale non poteva essersi dubbio, in nessuno dei diversi sistemi. A termini dell'articolo 675, uno dei vicini non

(1) Confronta DEMOLOMBE, t. XI, p. 470, n. 407; MARCADÉ, t. II, p. 574, art. 659; AUBRY e RAU, t. II, p. 427 e nota 15.
(2) POTHIER, *De la société*, n. 208. AUBRY e RAU, t. II, p. 428.

può, senza il consenso dell'altro, praticare nel muro comune finestre od aperture, in qualsivoglia modo, anche con invetriate fisse. Pothier ne porge una ragione perentoria. « Il muro comune, egli dice, essendo fatto per servire di chiusura e per appoggiarvi ciò che conviene, ne segue che uno dei vicini non può, senza il consenso dell'altro, servirsene per altri usi; gli è perciò che non si possono aprire finestre nel fondo del vicino ». Tale è tuttavia la incertezza che domina questa materia, che al Consiglio di Stato Tronchet criticò la disposizione dell'articolo 675; egli l'approvava quando il vicino avesse costruito contro il muro comune, perchè allora è necessario di impedire ad uno dei comproprietari d'aver delle vedute nella abitazione dell'altro; ma se non vi fosse alcuna costruzione, gli sembrava che la restrizione concernente le luci non avesse più ragione d'essere. Treilhard gli rispose che il muro è una proprietà comune, dal che deriva che nessuno dei vicini può disporne senza il consenso dell'altro (1). No, certamente, il comunista non può disporre della cosa, egli non ha il diritto di abusare; ma praticare delle finestre non è abusare, è usare. Perchè dunque il proprietario del muro comune non ne avrà il diritto? Non v'è altra ragione all'infuori di quella data da Pothier, cioè che non è questa la destinazione di un muro che deve servire di separazione e di appoggio.

568. L'applicazione dell'articolo 675 ha dato luogo a frequenti contestazioni allorquando uno dei fondi separati da un muro comune è espropriato per causa di pubblica utilità; il proprietario dell'edifizio che sussiste può in questo caso aprire luci o finestre nel muro? Egli è certo che l'espropriazione non dà a quegli tra i vicini che conserva la sua casa un diritto esclusivo al muro; egli era comunista e resta tale. Ma che avverrà del dritto dell'altro vicino? Se egli è espropriato d'un terreno aperto contiguo al muro, conserva la comproprietà di questo: ma esso non è più un muro comune, giacchè non separa più due fondi, esso è cosa comune; bisogna dunque applicare i principii che reggono la comproprietà. Secondo questi principii uno dei comunisti può far uso della comune, purchè non rechi pregiudizio ai diritti ed al godimento del suo comproprietario: ora, colui che, nella specie, pratica un'apertura nel muro comune non cagiona al certo un pregiudizio al vicino espropriato, e non lede i suoi diritti, giacchè questi si riducono a dividere il suolo ed i materiali quando il muro sarà distrutto (2). Se il fondo espropriato fosse un edificio, in questo caso il muro comune è stato acquistato dalla città che fa l'espropriazione, essa succede dunque nel diritto del venditore, e per conseguenza il muro

---

(1) Pothier, *De la société*, n. 248. Seduta del Consiglio di Stato del 4 brumaio anno XII, n. 29 (Locré, t. IV, p. 169).

(2) Sentenza di rigetto del 31 gennaio 1849 (Dalloz, 1849, 1, 96).

resta comune tra uno dei vicini e la città. Finchè l'edificio espropriato non è demolito, nè incorporato alla via pubblica, la comunione sussiste con tutti i suoi effetti (1). Ma che bisogna decidere se l'edifizio vien demolito? Anche in questo caso noi crediamo che la comunione sussista; non v'ha ragione giuridica che la faccia cessare, giacchè vi son sempre due fondi, sebbene uno di questi faccia parte del pubblico demanio. Donde segue che la città potrebbe invocare l'articolo 675, se vi avesse interesse (2). Il più delle volte non ve n'ha alcuno; può dunque rinunziare al diritto che le dà la comunione e vi rinunzia implicitamente autorizzando i lavori (3). Ma può anche rifiutarsi a tale autorizzazione se non è accordato un compenso, giacchè rimane comproprietaria del muro finchè non ha ceduto il suo diritto o il vicino non ha prescritta la proprietà.

N. 3. — Dei fossi comuni.

I. — Quando i fossi sono comuni.

569. « Tutti i fossi tra due fondi sono ritenuti comuni » (articolo 666). Questa presunzione è fondata, come quella della comunione del muro, sull'interesse comune dei due vicini i cui fondi sono separati da un fosso. Il fosso può essere destinato a facilitare lo scolo delle acque, od a servire di chiusura, ovvero a limitare proprietà contigue; in tutti i casi i due vicini hanno sul fosso un interesse uguale, il che fa supporre come probabile che l'abbiano scavato a spese comuni. Questa probabilità e la presunzione che ne deriva conservano la loro efficacia tanto se i due fondi siano rinchiusi, come se non lo fossero. Qui la legge non distingue, come fa pel muro di chiusura che si trova in un campo (art. 658) e per le siepi che separano due fondi: il muro e le siepi non si presumono comuni che tra recinti, mentre il fosso è ritenuto comune, ancorchè uno dei fondi fosse cinto da tutte le parti da fossi e l'altro non ne avesse su tre dei suoi lati. Questa differenza si spiega per la stessa ragione sulla quale si fonda la presunzione in questa materia; i fossati sono sempre vantaggiosi ai due proprietari laterali non fosse altro che per lo scolo delle acque; v'ha dunque sempre un interesse comune, il che basta per giustificare la presunzione di comproprietà (4). Vi è una sentenza in senso

---

(1) Sentenze di rigetto del 21 luglio 1862 (Dalloz, 1862, 1, 375) e del 31 gennaio 1866 (Dalloz, 1866, 1, 257).
(2) Parigi, 23 marzo 1860 (Dalloz, 1861, 2, 124).
(3) Parigi, 23 marzo 1860 (Dalloz, 1861, 2, 125) e sentenza di rigetto del 21 luglio 1862 (Dalloz, 1862, 1, 373).
(4) Aubry e Rau, t. II, p. 433 e nota 69. Mourlon, *Répétitions*, t. I, p. 781.

contrario della Corte di Limoges (1). Nella specie, un bosco ceduo era circondato da fossi mentre il fondo contiguo era costituito da un terreno semenzabile non recinto; la Corte decise che tutte le probabilità militavano in favore del proprietario del bosco ceduo, interessato a chiudersi per preservare gli alberi dai guasti che gli animali vi potessero fare mentre l'altro vicino non avea alcun interesse alla chiusura. La Corte avea ragione in fatto, ma torto in diritto. Talvolta le probabità sulle quali la legge fonda una presunzione fanno difetto; la presunzione non cessa però dall'aver piena efficacia, salvo la facoltà alla parte interessata di combatterla con la prova contraria.

570. L'articolo 666 aggiunge: « Se non v'è titolo o segno in contrario ». È l'applicazione d'un principio generale; ogni presunzione ammette la prova contraria, salvo che nei casi eccettuati dall'articolo 1352. Le presunzioni di proprietà, non rientrando in queste eccezioni, rimangono nella regola: possono dunque essere dimostrate insussistenti. Innanzi tutto bisogna vedere se la presunzione esiste. Colui che l'invoca deve provare di trovarsi nelle condizioni volute dalla legge. Requisito essenziale è che il fosso separi due fondi, se dunque vi fosse un segno di confine al di là del fosso, non si sarebbe più nel caso dell'articolo 666, il fosso sarebbe proprietà esclusiva di uno dei vicini salvo all'altro la facoltà di contestare il segno di confine, sia in possessorio, sia in petitorio (2).

Quanto alle prove contrarie alla comunione, l'articolo 666 ne cita due, il titolo ed il segno in contrario. Il titolo può stabilire la proprietà esclusiva di uno dei vicini; questo è il diritto comune. Noi rimandiamo a ciò che è stato detto innanzi sul muro presunto comune. L'articolo 667 dice che vi ha segno di non comunione allorchè lo spurgo o il getto della terra si trova da una parte sola del fosso, e l'articolo 668 ne conchiude che il fosso si presume appartenere esclusivamente a colui dalla parte del quale quest'ultimo si trova. Tali principii sono attinti nelle consuetudini. Pothier stabilisce a questo riguardo le regole che sono consacrate dal codice civile. Loysel formola in questi termini le presunzioni degli articoli 667 e 668: *chi ha il getto* (*douve*) *possiede il fosso.* Chiamasi *douve* l'ammasso o lo spurgo di terra che si fa allorquando si scava o si pulisce il fosso. Quando il getto è interamente dalla parte di uno dei vicini, si presume che il fosso appartenga a costui. Ciò ha il suo fondamento in un principio di ragione: supponendo che le terre rigettate sieno utili, il vicino non soffrirebbe che l'altro ne profittasse da solo, se il fosso fosse comune: quando il getto è senza valore e costituisce un imbarazzo, il vicino interessato domanderebbe che fosse fatto sopra entrambi i margini del

(1) Limoges, 1.° agosto 1839 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 581).
(2) AUBRY e RAU, t. II, p. 433, nota 68. DURANTON, t. V, p. 390, n. 341.

fosso se esso fosse comune. Dunque il getto da un lato stabilisce, in tutte le ipotesi, una probabilità di proprietà esclusiva in favore del vicino dalla parte del quale le terre vengono ammucchiate. Perchè vi sia segno contrario alla comunione, bisogna che il rigetto sia *per intero* da una parte del fosso. Tutto ciò è questione di fatto; è stato deciso che non è sufficiente che vi sia da una parte qualche elevamento di terreno, che potrebbesi attribuire al rigetto, perchè si ammetta che le terre sono rigettate sull'uno e l'altro margine; nella specie, questi elevamenti non erano continui, dovevano, perciò, ritenersi accidentali, e non potevano essere invocati per stabilire una comproprietà (1).

La presunzione ammessa dalle consuetudini e consacrata dagli articoli 667 e 668 ha per conseguenza che, allorquando il rigetto è dalle due parti, il fosso, in mancanza di titolo, si presume comune. In questo caso, i segni confermano la presunzione di comunione che esiste in virtù dell'articolo 666: le terre rigettate dalle due parti, dice Pothier, dimostrano che il fosso è stato scavato dai due vicini sul limite dei loro fondi. Dalla stessa presunzione consegue pure, che se non v'ha apparenza di getto nè da una parte nè dall'altra, il fosso è reputato comune: la presunzione di comunione sussiste, giacchè non vi è segno in contrario (2).

571. Il codice non stabilisce che un sol segno contrario alla comunione. Se ne possono ammettere altri? Salvo il dissenso di Demolombe, seguito da Dalloz, tutti si accordano per la negativa. A nostro parere, non v'è alcun dubbio. Il segno di non comunione dell'articolo 667 è una presunzione legale di proprietà esclusiva, giusta l'articolo 668. Le presunzioni legali possono forse essere estese? Sarebbe creare una presunzione legale senza legge, ciò che è una eresia giuridica (3). È stato deciso per applicazione di questo principio, che il fatto di spurgare il fosso non stabilisce una presunzione di proprietà in favore di colui che vi provvede, ancorchè impiegasse alla coltivazione del suo fondo le terre provenienti dallo spurgo. V'ha in ciò una probabilità di fatto, ma una probabilità non diviene una presunzione se non quando il legislatore la sanzioni e questo titolo (4).

Vi era nell'antico dritto una presunzione in virtù della quale il fosso contiguo ad una siepe apparteneva al proprietario di questa. Da ciò l'adagio: *il fosso appartiene alla siepe.* Questa

(1) Sentenza di rigetto del 22 luglio 1861 (DALLOZ, 1861, 1, 475).

(2) POTHIER, *De la société*, n. 224. AUBRY, e RAU, t. II, p. 433, nota 70 e gli autori che vi sono citati.

(3) AUBRY e RAU, t. II, p. 433, nota 70. In senso contrario, DEMOLOMBE, t. XI, p. 519, n. 458 e DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 577. Confronta ciò che abbiamo detto, n. 535.

(4) Angers, 6 marzo 1835 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 579).

presunzione non essendo stata conservata nel codice civile, bisogna decidere che non si può più invocarla, almeno pei fossi scavati dopo la pubblicazione del codice. Il fosso, invece, sarebbe reputato comune, giacchè si suppone ch'esso si trovi sulla linea che separa i due fondi (1).

572. L'articolo 666 non cita la prescrizione; era inutile, giacchè essa è di diritto comune. È dunque certo che un fosso presunto comune può essere acquistato dal vicino in piena proprietà se l'ha posseduto con le condizioni richieste per la prescrizione: similmente un fosso che si presumerebbe proprietà d'un solo, può divenire comune per effetto della prescrizione, giacchè si può prescrivere tanto la comproprietà quanto la proprietà esclusiva. Occorre, ben inteso, che il possesso riunisca i caratteri richiesti dalla legge; deve essere pubblico, non equivoco, a titolo di proprietario (art. 2229). Tali caratteri s'incontreranno raramente in questa materia, giacchè i fatti di possesso concernenti un fosso sono rari: talvolta mancherà la pubblicità, tal altra si potrà sostenere che sono atti di tolleranza. In una specie presentatasi innanzi alla Corte di Caen, l'attore pretendeva d'avere acquistata per prescrizione la proprietà del riparo (2) e la comunione del fosso; il convenuto avea in suo favore la presunzione di comunione risultante dalla sentenza di rigetto, ed inoltre la prova di proprietà fornita dai segni di confine che concordavano con quelli contrari alla comunione. La Corte rigettò le pretese dell'attore, perchè il possesso non era pubblico ed era anzi equivoco (3).

Il possesso d'un anno e d'un giorno è sufficiente a distruggere la presunzione di comunione e di non comunione stabilita dagli articoli 666 668? Noi abbiamo risposto dianzi alla questione, trattando delle presunzioni che provano la comunione del muro; esse vengono meno di fronte alla prescrizione, ma non di fronte al possesso annale. Le ragioni di decidere sono identiche per i fossi comuni. È stato deciso, di conformità a questi principii, che il possesso d'un anno e d'un giorno non distrugge le presunzioni stabilite dalla legge per indurne la comunione o la non comunione del fosso (4).

573. Può accadere che vi sia conflitto tra le presunzioni legali ed il titolo. In questo caso, il titolo prevarrà. Noi abbiamo detto che così avviene per le presunzioni dalle legge stabilite

---

(1) DURANTON, t. V, p. 392, nn. 354 e 355.

(2) Intendesi per *riparo* il lembo di terra lasciato da chi scava un fosso al di là di questo, sia per prevenire la frane del suolo, sia per facilitare lo spurgo e le riparazioni.

(3) Caen, 5 novembre 1859 (DALLOZ, 1860, 2, 39). Confronta DURANTON, t. V nn. 395, e 358).

(4) Bourges, 26 maggio 1825; Douai, 15 febbraio 1836 (DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 584, 1.°, 2.°). Vedi retro, p. 436, n. 540).

in materia di muri comuni (n. 537). Vi è identità di motivo in quanto concerne i fossi. Così il getto trovasi da una parte sola del fosso; ecco una presunzione di proprietà esclusiva a profitto di colui dalla parte del quale è il getto. Ma vi è un titolo il quale prova che il fosso è comune: la presunzione cede dinanzi al titolo. Il vicino che avesse il getto dalla sua parte non potrebbe combattere il titolo che mediante la prescrizione.

II. — Diritti ed oneri risultanti dalla comunione.

574. Il codice non parla dei diritti che risultano dalla comunione del fosso. Egli è perchè non vi sono diritti da esercitare, ed il principio che li regola non è guari dubbio; vi è completa analogia tra i fossi ed i muri comuni. Bisogna dunque applicar qui ciò che abbiamo detto dei diritti che conferisce la comunione del muro. Le terre che provengono dallo spurgo e che servono ad ingrasso si dividono tra i due comunisti similmente agli altri prodotti che si possono trarre dal fosso come le erbe ed il legname. Se nel fosso si trovassero alberi, sarebbero comuni; giacchè gli alberi sono accessori del suolo; essendo questo comune, lo sono altresì gli alberi. Due vicini si disputarono fino in Cassazione un albero cresciuto in un fosso. L'attrice non riuscì a dimostrare che il fosso era comune; appartenendo il suolo al convenuto l'albero dovea essergli attribuito (1). A termini dell'articolo 673, gli alberi che si trovano nella siepe comune sono comuni, e ciascun proprietario ha diritto di richiedere che siano abbattuti. Bisogna decidere così anche per gli alberi che crescono in un fosso comune; la ragione è la stessa. La specie da noi menzionata prova fino a quali eccessi possa giungere l'animosità tra vicini. È savia cosa prevenirli, permettendo la divisione della cosa comune, quando non vi si opponga alcun motivo d'interesse pubblico (2). Diremo in seguito se i fossi possono esser divisi.

575. « Il fosso comune deve essere mantenuto a spese comuni » (art. 669). Quest'onere è una conseguenza dei principii generali che regolano la comunione. Si domanda se bisogna applicare per analogia ai fossi ciò che l'articolo 656 dice dei muri comuni. Può il comproprietario dispensarsi dal contribuire agli oneri rinunziando al dritto di comunione? La questione è controversa. Secondo i principii generali, non vi sarebbe alcun dubbio. L'articolo 656 non è una disposizione particolare ai muri

---

(1) Sentenza di rigetto del 22 febbraio 1830 (DALLOZ, alla parola *Servitude* n. 626).

(2) DEMOLOMBE, t. XI, p. 520, n. 460

comuni, ma l'applicazione di un principio che regola le cose comuni e le obbligazioni che la comunione ingenera; siccome non v'ha alcun legame personale, il comunista può affrancarsene rinunziando alla cosa in ragion della quale egli è obbligato. La solità difficoltà è dunque di sapere se il codice deroga a questi principii in quanto concerne i fossi comuni. V'ha un lieve dubbio, cioè, che nello antico dritto la questione era stata già discussa; Goupy, l'annotatore di Desgodets, si pronunciava per la negativa, pel motivo che le spese di manutenzione di un fosso sono così minime che la rinuncia non era affatto giustificata. Il codice, serbando il silenzio non ha forse sanzionata questa opinione? Non lo crediamo. La grande autorità seguìta dal legislatore francese è Pothier; ora Pothier stabilisce il principio del diritto di rinunzia in modo assoluto; ogni cosa comune può essere abbandonata, egli dice; ed applica formalmente la regola tanto ai fossi quanto alle siepi (1). Ci sembra che ciò sia affatto decisivo, tanto più che la ragione data da Goupy è cattiva. Spetta al proprietario vedere quale è il suo interesse ed agire in conseguenza; il legislatore non si intromette in affari privati, egli accorda dei diritti, salvo ai privati usarne o non, secondo le loro convenienze.

La facoltà di rinunziare alla comunione subisce però qualche eccezione. Quando il fosso serve di confine, si ammette che il comproprietario non può rinunziarvi, fondandosi sull'art. 646, a termini del quale ciascun proprietario può obbligare il suo vicino al regolamento dei limiti delle loro proprietà contigue (2). La ragione non è punto decisiva. Che mai impedisce al vicino, il quale rinunzia alla comunione del fondo, di contribuire posteriormente allo stabilimento dei termini? Egli soddisfa all'art. 646, pur usando del diritto che gli attribuisce la comunione. Gli annotatori di Zachariae ammettono l'eccezione in un altro senso; dicono che il diritto di rinunziare alla comunione non può essere esercitato da quel vicino cui il fosso inserve per lo scolo delle acque piovane o domestiche. In effetti, il comunista non può rinunziare alla cosa comune quando gli è necessaria e se, dopo avervi rinunziato, continui a servirsene. L'art. 656 applica questo principio al muro comune e decide che il proprietario dell'edifizio cui il muro serve di sostegno, non può rinunziare alla comunione. Vi è identità di ragione pel fosso comune (3).

Vi è una seconda eccezione fondata sull'interesse pubblico. Se il fosso serve di letto ad un'acqua corrente, cade sotto l'ap-

---

(1) Desgodets, sull'art. 13 *De la Coutume de Paris*, n. 2, e le note di Goupy. Pothier, *De la société*, nn. 229 e 226. Demante, t. II, p. 617, n. 523 *bis*. Demolombe, t. XI, p. 521, nn. 461 e 462. In senso contrario, Ducaurroy. Bonnier e Roustain, t. II, p. 205, n. 303.

(2) Demolombe, t. XI, p. 522, n. 461. È questa l'opinione generale (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 586).

(3) Aubry e Rau, t. II, p. 434, nota 75.

plicazione della legge del 14 fiorile anno XI, che permette all'autorità amministrativa di ordinarne lo spurgo: è un onere che grava sui proprietari adiacenti, ed i privati non possono affrancarsi da un peso pubblico. Le autorità locali avrebbero altresì il diritto di ordinare lo spurgo dei fossi per motivi di salubrità; in questo caso ancora, l'onere sarebbe d'interesse generale, e per conseguenza non potrebbe ammettersi alcuna deroga od alcuna rinunzia (1).

N 4. — Delle siepi comuni.

I. — Quando le siepi sono comuni.

576. « Ogni siepe che divide due fondi è reputata comune » (art. 370). Si domanda se questa disposizione è applicabile alle siepi morte. Stando al testo della legge non v'ha alcun dubbio, i termini sono generali ed escludono qualunque distinzione. Ma la questione diviene dubbia se si abbandona la lettera della norma legislativa per penetrarne lo spirito. Vi è un motivo particolare che fa presumere la comunione delle siepi piantate sul confine di due fondi. Il proprietario non può fare alcuna piantagione sulla linea che li divide; deve osservare le distanze prescritte dai regolamenti in uso, e in loro mancanza non può piantare una siepe viva che alla distanza di mezzo metro. Quando dunque una siepe trovasi sulla linea che separa due fondi bisogna supporre che è stata stabilita col consenso di entrambi i proprietari, e che per conseguenza loro appartiene in comune. Non si può dire altrettanto delle siepi morte; il proprietario ha il diritto di piantarle sul limite estremo del suo fondo: appena può dirsi che costituiscano una chiusura; non vi è dunque alcuna ragione per presumerle comuni (2). Questi motivi avrebbero un gran valore se provenissero dagli autori del codice. Ma nulla indica nei lavori preparatori che la presunzione dell'art. 670 sia fondata sulla disposizione dell'art. 671. Bisogna dunque attenersi alla lettera della legge. Del resto la presunzione ha la sua ragione di essere, ancorchè la siepe sia secca, pel motivo che giustifica tutte le presunzioni di comunione, l'interesse comune dei due vicini. Se non si presume che la siepe è comune, ove sarà il motivo di pronunziarsi in favore di uno dei vicini piuttosto che dell'altro? (3).

577. Perchè vi sia presunzione di comunione, occorre, secondo l'art. 670, che la siepe separi due fondi. Se la siepe non

---

(1) Vedi gli autori citati in AUBRY e RAU, t. II, p. 434, nota 74.

(2) DUCAURROY, BONNIER e ROUSTAIN, t. II, p. 205, n. 304.

(3) È questa l'opinione generale (AUBRY e RAU, t. II, p. 434, nota 77); DEMOLOMBE, t. XI, p. 531, n. 469.

trovasi sulla linea di divisione di due fondi contigui, la presunzione cessa e non ha più ragione d'esistere. Come si saprà se la siepe si trova sul limite? La questione si decide a norma del diritto comune. Se vi sono segni di confine al di là della siepe non si può dire che la siepe separi i fondi; questi sono divisi dai segni di confine e per conseguenza la siepe sarà proprietà di colui sul fondo del quale è stata piantata (1). Sarebbe lo stesso se, oltre la siepe, vi fosse un fosso comune; questo servirebbe di separazione, e per conseguenza la siepe apparterrebbe al padrone del fondo sul quale esiste, come accessorio del medesimo. Quest'ultimo punto dà luogo a talune difficoltà.

Noi abbiamo già detto (n. 571) che il codice non riproduce la presunzione ammessa da parecchie consuetudini, e che avea dato luogo all'adagio: il fosso appartiene alla siepe. La questione deve dunque risolversi secondo i principii generali. Quando il fosso è comune, non vi è dubbio, come abbiam osservato; nè vi può essere questione allorchè il fosso appartiene ad uno dei vicini. Ma che bisogna decidere se la proprietà o la comunione del fosso è contestata? Questo punto è decisivo, relativamente alla proprietà della siepe; bisogna dunque vedere innanzitutto a chi il fosso appartenga. S'invocano ordinariamente probabilità delle quali si creano presunzioni in favore dell'uno o dell'altro dei due vicini (2). Ciò conduce a costituire delle presunzioni legali senza legge, il che è inammessibile. Così uno dei vicini pretende ch'egli ha piantato la siepe alla distanza voluta dall'articolo 671, e che sul terreno che ha dovuto lasciare al di là della siepe, ha scavato un fosso; egli reclama dunque il fosso e la siepe come sua proprietà esclusiva. A dire il vero l'art. 671 non stabilisce alcuna presunzione, e non se ne può dedurre alcuna, giacchè l'interprete non ha il diritto di creare presunzioni. Vi è una presunzione di comunione per il fosso a condizione che si trovi tra due fondi, come noi supponiamo. Colui che vuol combattere questa presunzione, deve produrre un titolo, o provare la prescrizione; egli può ancora invocare il segno contrario alla comunione consacrato dall'art. 668. Il risultato della controversia circa la proprietà del fosso deciderà quella sulla proprietà della siepe. L'altro vicino sosterrà che la siepe è comune, e che il fosso gli appartiene? Dovrà provare che è proprietario del fosso; e se non ha in suo favore il segno di non comunione dell'articolo 668, dovrà dimostrare la sua pretesa con un titolo o con la prescrizione. Se non può riuscire a dar questa prova, il fosso sarà comune in virtù dell'art. 666, ciò che avrà per conseguenza la proprietà esclusiva della siepe a vantaggio dell'altro vicino. In conclusione, è il diritto comune che decide. Se la tesi ha

---

(1) DURANTON, t. V, p. 403, n. 367.
(2) Vedi le diverse opinioni in DEMOLOMBE, t. XI, p. 535, n. 476. e in DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 614.

dato luogo a tante diverse opinioni, gli è perchè si è voluto ricorrere a presunzioni senz'altra base che semplici probabilità Si semplificherebbero molto le questioni controverse, se si lasciassero da parte le pretese presunzioni che gli autori immaginano pei bisogni della propria causa.

578. La presunzione di comunione della siepe cessa, a termini dell'articolo 670, allorquando non vi è che un solo dei fondi in istato di chiusura. Ciò vuol dire che in tal caso la siepe appartiene esclusivamente al proprietario di questo fondo, in virtù d'una presunzione di non comunione che risulta dalla legge. Il codice segue per le siepi il principio che stabilisce pei recinti nei campi e pel muro che separa due edifici, vale a dire non ammette la presunzione di comunione se non quando i due fondi sono chiusi, mentre i fossi sono ritenuti comuni ancorchè i fondi non si trovino in istato di chiusura. Perchè la legge fa della chiusura una condizione senza la quale la siepe non è ritenuta comune? Gli è perchè le siepi, non diversamente dai muri, sono destinate sopratutto a chiudere i fondi; quando dunque uno dei fondi è chiuso e l'altro non lo è, si deve supporre che la siepe è stata piantata da colui che ha avuto cura di chiudere il suo fondo, giacchè essa, mentre completa la sua chiusura, non è di alcuna utilità all'altro vicino che tiene aperto il proprio fondo. Se nessuno dei fondi fosse chiuso, la presunzione riprenderebbe il suo impero; si suppone, in questo caso, che la siepe è stata piantata per delimitare i fondi contigui (1).

Nell'antico diritto, si teneva conto del maggiore e minore interesse che l'uno dei vicini aveva nel chiudere il suo fondo, per decidere la questione di proprietà o di comunione. Così, dice Pothier, se la siepe è situata, da un lato tra vigne o praterie, e fra terre coltivabili o praterie dall'altra, si presume che appartenga al proprietario della vigna o della prateria, giacchè non vi è apparenza che l'altro vicino, i cui fondi non avevano bisogno di chiusura, v'abbia contribuito, allorchè non vi aveva alcun interesse. Il codice rigetta queste presunzioni perciò soltanto che non le riproduce. È ben difficile apprezzare l'interesse che ciascun vicino può avere nel rinchiudere il suo fondo: la valutazione di un interesse così diverso e mutabile condurrebbe a decisioni arbitrarie e spesso erronee. Il legislatore ha preferito una presunzione generale che raramente inganna: quando la chiusa è da entrambe le parti, vi ha interesse comune a chiudersi: dove nessuno dei fondi è cinto, vi è interesse comune a regolarne i confini (2).

---

(1) Duranton, t. V, p. 403, n. 368. Demolombe, t. XI, p. 531, n. 471.

(2) Pothier, *De la société*, n. 225; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, p. 207, n. 304; Pardessus, t. I, p. 420, n. 188; Demolombe, t. XI, p. 533, n. 473.

Non diversamente accade di tutte le antiche consuetudini che stabilivano talune presunzioni, secondo la diversa coltura dei fondi contigui. L'uno dei fondi è un bosco; era usanza in talune località che la siepe che si trovava tra il bosco e il fondo vicino fosse mantenuta in buono stato dal proprietario del fondo, a spese del bosco; donde una presunzione di comproprietà ancorchè il bosco non fosse cinto. È stato deciso che l'articolo 670 abolisce queste usanze; non vi è dunque presunzione di comunione che tra fondi i quali siano l'uno e l'altro rinchiusi o no (1).

579. Rimane a conoscere come debbano interpretarsi le parole dell'articolo 670: *fondi in istato di chiusura.* Il codice non definisce la chiusura: e siccome si tratta d'una condizione richiesta per l'esistenza d'una presunzione legale, non si può aggiungere come non si potrebbe togliere alcunchè alla legge. Si dovrà quindi concludere che la chiusura è questione di fatto, e che si dovrà intendere chiuso quel fondo che si troverà circondato da mura, e da una siepe, o da fossi e da una siepe, o da siepi da tutte le parti. Tale non è l'opinione di Durantor. Siccome l'articolo 670 parla d'una chiusura speciale consistente in siepi, egli ne conchiude che per fondi chiusi intendonsi fondi circondati da tutte le parti da siepi vive; donde induce che se uno dei fondi fosse circodato in ogni sua parte da siepi vive, mentre l'altro fosse da tre lati recinto da fossi o siepi secche, la siepe che li separa non sarebbe reputata comune, e dovrebbe ritenersi o appartenere al proprietario il cui fondo è dovunque circondato da siepi. Questa opinione non ha trovato favore, e con ragione; in effetto, essa tenta di riprodurre gli antichi usi che ammettevano presunzioni diverse secondo i varii interessi. La disposizione assoluta dell'articolo 670 esclude tutte queste distinzioni (2).

580. Basterà che i due fondi si trovino rinchiusi al momento in cui s'impegna la lite, o bisogna badare all'epoca in cui la siepe è stata piantata? e se a quest'epoca, uno solo dei fondi era cinto, vi sarà ciò nondimeno presunzione di comunione? È principio, in materia di presunzioni, che colui il quale le invoca deve provare che le condizioni richieste per la loro esistenza sussistano. Ora, la presunzione dell'articolo 670 è fondata sul presupposto che la siepe sia stata piantata di comune accordo dai vicini. Se dunque è provato che a quel tempo, uno solamente dei fondi era cinto, il motivo sul quale riposa la presunzione viene a cadere. Non si può obbiettare, come si fa pei muri comuni, che il vicino il quale si è chiuso in epoca posteriore, aveva interesse ad acquistare la comunione della siepe. Anzitutto egli non aveva diritto di costringere il proprietario a ce-

(1) Bourges, 30 novembre 1831 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 612).
(2) Demolombe, t. XI, p. 532, n. 472; Duranton, t. V, p. 404, n. 368.

dergliela, come diremo in seguito. Inoltre quale interesse poteva egli avere all'acquisto di tale comproprietà? Colui che costruisce trae certamente un gran vantaggio appoggiando il suo edifizio al muro già esistente, mentre colui che si chiude non ha il minimo interesse ad essere comproprietario d'una siepe. Manca quindi ogni fondamento della presunzione, epperò bisogna concludere che la medesima non esiste. È stato deciso conformemente a questi principii, che se una siepe è stata piantata tra due fondi chiusi, rimane comune, quantunque, al momento del litigio, uno di essi non sia più nello stato di chiusura: quegli che è comproprietario della siepe non può perdere la sua proprietà, per essere il suo fondo aperto, nel modo istesso che il comproprietario di un muro non perde il suo diritto ancorchè l'edifizio che il muro sosteneva venga ad essere distrutto (1).

Che bisogna risolvere se la siepe è stata piantata dal proprietario di due fondi, i quali in seguito sono stati venduti a due persone diverse? L'articolo 670 non è più applicabile; non si può invocare neppure la destinazione del padre di famiglia, giacchè se questa destinazione equivale a titolo per l'acquisto di servitù, non si può dire altrettanto dell'acquisto della proprietà; ora, nella specie, si tratta di proprietà e non di servitù. La questione deve esser decisa secondo la volontà delle parti contraenti. È stato giudicato che la siepe diviene comune, non avendo il venditore ragione alcuna per congiungere la siepe ad una porzione del suo fondo piuttosto che all'altra (2).

581. L'articolo 670, che presume comune la siepe, aggiunge: « Se non v'ha titolo titolo o possesso sufficiente in contrario ». Quanto al titolo, bisogna applicare ciò che noi abbiamo detto dei fossi e dei muri comuni; esso prevale su qualunque specie di presunzione. Se la siepe fosse stata piantata prima della pubblicazione del codice civile, bisognerebbe aver riguardo agli usi sotto l'impero dei quali le due parti han contrattato, questi usi essendo considerati come tacite convenzioni; ora, se l'antico diritto è abrogato, non lo sono le convenzioni intervenute tra i privati. Vi è una sentenza della Corte di Liegi in questo senso. Era dimostrato che secondo un'usanza del feudo di *Herve*, le siepi formanti chiusura tra vicini si dividevano fra di loro in modo che ciascuno coltivava, manteneva e riparava la porzione di siepe di cui aveva la proprietà esclusiva; tale consuetudine è stata considerata dalla Corte come convenzione tacita, e, come tale applicata (3).

Come si dovranno intendere le parole: *possesso sufficiente in contrario?* Si comprende bene che uno dei vicini può prescrivere la proprietà esclusiva della siepe mediante un possesso

(1) Caen, 1.° luglio 1857 (DALLOZ, 1858, 2, 13).
(2) Bruxelles, 9 aprile 1832 (*Pasicrisie*. 1832, p. 100).
(3) Liegi, 5 gennaio 1861 (*Pasicrisie*, 1861, 2, 185).

trentennale; è di diritto comune, giacchè questo possesso equivale ad un titolo e ne suppone l'esistenza. Si è invocato il testo dell'articolo 670, per sostenere che il possesso annale basta per distruggere le presunzioni stabilite della legge. La giurisprudenza, salvo qualche sentenza isolata, ha rigettata questa dottrina. Non si vede perchè il possesso di un anno ed un giorno avrebbe maggior valore in materia di siepi che riguardo ai fossi ed ai muri comuni. Se il codice parla di un possesso contrario alla presunzione di comunione delle siepi, mentre non ne fa parola in materia di muri e fossi presunti comuni, gli è perchè i fatti di possesso sono più frequenti e più regolari per le siepi che per i fossi ed i muri. Conchiudere da ciò che il legislatore ha dato al possesso annale un effetto ch'esso d'ordinario non ha, è fare un ragionamento sbagliato. La legge non deroga ai principii generali con una parola equivoca. Si può anche sostenere che le parole *possesso sufficiente* non sono equivoche. In effetto, la legge pone il possesso nel medesimo grado che il titolo; esso dovrà quindi equivalere ad un titolo. Ma qual'è il possesso che produce l'effetto stesso del titolo? È il possesso trentennale, non già l'annale (1).

II. — Diritti ed oneri risultanti dalla comunione.

582. Il codice nulla dice intorno ai diritti ed agli oneri che risultano dalla comunione delle siepi. Gli è perchè aveva appena discorso dei fossi e dei muri comuni ed i principii sono identici. Pothier ne fa l'applicazione in poche linee. Il legname risultante dalla potatura delle siepi, ed i frutti degli alberi che vi si trovano, si dividono tra quelli cui è comune. Ciascuno di essi è altresì tenuto alla manutenzione ed alle riparazioni necessarie. Pothier soggiunge: se però egli non preferisca di rinunciare al suo diritto di comunione (2). È questo il diritto comune, in materia di oneri risultanti dalla comunione. Noi rimandiamo a ciò che è stato detto più addietro (n. 546).

III. — Degli alberi comuni.

583. A termini dell'articolo 673, gli alberi che si trovano nelle siepi comuni son comuni come la siepe. È l'applicazione

---

(1) Vedi gli autori citati da AUBRY e RAU, t. II, p. 435, nota 31, e le sentenze riferite da DALLOZ, alla parola *Servitude*, n. 606. Vi è in questo senso una sentenza della Corte di Bordeaux del 5 maggio 1858 (DALLOZ, 1858, 5, 337), la quale però afferma senza motivare.

(2) POTHIER, *De la société*, n. 226; AUBRY e RAU, t. II, p. 435, e note 82 e 83

del principio secondo cui i frutti appartengono al proprietario del suolo; quando il suolo è comproprietà fra vicini, anche le piante apparterranno loro in comune. Sarebbe altrimenti se gli alberi fossero piantati sulla linea di separazione dei due fondi, in modo che il tronco fosse in parte sull'uno, ed in parte sull'altro. In questo caso, non vi sarebbe più comunione, giacchè il suolo non è comune. Sarebbe una proprietà divisa, che apparterrebbe a ciascun vicino in proporzione della parte del tronco che trovasi nel suo fondo (1). Quando l'albero è comune, si applica il principio che regola i diritti e gli oneri risultanti dalla comunione. Allorchè l'albero appartiene separatamente a più proprietari, i diritti e gli oneri si dividono nella medesima proporzione. Duranton estende il principio della divisione proporzionale al caso in cui l'albero è comune; secondo lui, la comunione non è perfetta; egli appoggia la sua decisione sovra leggi romane. Questa opinione è rimasta isolata, per un'eccellente ragione, cioè che il testo del codice è ad essa contrario: l'articolo 673 dice che gli alberi sono comuni come la siepe. Forse che la siepe appartiene a ciascun vicino per una parte divisa? La comunione è perfetta quanto all'albero, come lo è quanto alla siepe (2).

584. L'articolo 673 prescrive che ciascuno dei comproprietari d'un albero comune può chiedere che venga abbattuto. È il diritto comune consacrato dall'articolo 815, il quale permette di chiedere la divisione d'una cosa comune. Ma la legge non applica un tal principio a questa comunione; essa produce, in generale una indivisione forzata (n. 494). In conseguenza di ciò si ammette, come diremo, che le siepi comuni non possono esser divise sulla semplice richiesta di uno dei comunisti. La disposizione dell'articolo 673 è dunque una eccezione alle regole che governano la comunione. Questa eccezione si spiega. Le siepi comuni servono di chiusura, esse non nuocciono all'agricoltura, ma prevengono, al contrario, le usurpazioni dei vicini. Gli alberi, invece, recano danno alla coltivazione, e la divisione dei frutti fa nascere ogni anno tra vicini contestazioni che bisogna prevenire. L'articolo 673 riceve un'eccezione, quando gli alberi servono di limite. È principio che i segni di confine piantati di mutuo consenso non possono essere spostati senza il concorso di volontà di entrambi i vicini; il codice penale annovera anche tra i delitti di fatto di svellere i segni di confine senza il consentimento dei proprietari (art. 456 del codice penale del 1810).

---

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. I, p. 786.

(2) Duranton, t. V, p. 414, n. 376. Confronta gli autori citati da Aubry e Rau, t. II, p. 436, nota 86.

N. 5. — **Principii comuni ai fossi ed alle siepi.**

585. Vi sono talune disposizioni speciali ai muri comuni che non sono applicabili alle siepi ed ai fossi. Nelle città e nei sobborghi ciascuno può costringere il suo vicino a costruire un muro comune (art. 663); è questa una eccezione al diritto comune, e quindi di rigorosa interpretazione; dunque l'uno dei vicini non potrebbe costringer l'altro a cingersi con un fosso od una siepe. Si comprende del resto che lo scopo che il legislatore ha avuto in vista prescrivendo la chiusura forzata nella città non sarebbe raggiunto se i fondi urbani fossero separati da un fosso o da una siepe. Del pari, l'art. 661 permette ad ogni proprietario contiguo ad un muro di renderlo comune. La cessione forzata è altresì una eccezione al diritto di proprietà; donde segue che non si può costringere il proprietario esclusivo d'un fosso o di una siepe a cederne la comunione. Bisogna aggiungere che i motivi d'interesse generale che giustificano la cessione forzata del muro comune non si possono estendere alle siepi ed ai fossi. Tutti, o quasi tutti, sono d'accordo su questi punti (1).

586. L'indivisione forzata è uno dei caratteri che distinguono la comunione dei muri (n. 494). È a dirsi lo stesso dei fossi e delle siepi? Su questo punto vi è qualche incertezza. È stato deciso che uno dei vicini non poteva chiedere la divisione d'un fosso comune (2). La sentenza invoca anzitutto un motivo dato da Pardessus: la comunione essendosi formata per un concorso di volontà è necessario altresì il consenso dei due proprietari per mettervi fine. Ma la questione è mal posta. L'art. 815 dice che nessuno può essere astretto a rimanere in comunione, senza distinguere se la comunione è stata formata per contratto o per quasi-contratto. Questo principio è di ordine pubblico. Se si ammette che esso soffre un'eccezione in materia di comunione, è perchè l'art. 656 implica che i comproprietari di un muro non ne possono chiedere la divisione, il che è del resto in armonia con lo scopo che le parti ebbero di mira costruendo un muro comune. La questione sta dunque nel sapere se i motivi che giustificano l'indivisione forzata dei muri comuni esistono ancora per i fossi e le siepi. Anzitutto non vi sono per le siepi ed i fossi testi analoghi a quello dell'art. 656; inoltre la rinunzia alla comunione dei fossi e delle siepi è controversa;

---

(1) Vedi gli autori citati da Demolombe, t. XI, p. 514, n. 450, e p. 530, n. 468.

(2) Angers, 1.° giugno 1836 (Dalloz, alla parola *Servitude*, n. 590). Nel medesimo senso, Demolombe, t. XI, p. 523, n. 463, e Aubry e Rau, t. II, p. 434 e nota 76. In senso contrario, Duranton, t. V, p. 397, n. 361, e Fournel, *Traité du voisinage*, t. II, p. III.

se la si ammette, non è per applicazione dell'art. 656, ma perchè a rigor di principio ognuno può affrancarsi dai pesi cui è tenuto soltanto in qualità di detentore di una cosa; il che nulla ha di comune con la indivisione forzata. Rimangono i motivi d'interesse generale; ora, bisogna confessare che essi non riguardano altro che la chiusura nelle città, e quivi non può trattarsi di fossi nè di siepi. Nella campagna, il solo interesse che hanno i proprietari in generale, a stabilire un muro, un fosso o una siepe, al limite del loro fondo, è il regolamento di confini il quale impedisce le usurpazioni sì frequenti tra vicini; ora, per ciò non fa bisogno nè di un fosso nè d'una siepe; pietre di confine presentano lo stesso vantaggio, e permettono a ciascun vicino d'utilizzare un terreno prezioso per l'agricoltura o per le costruzioni.

La Corte di Angers invoca l'art. 669 che impone ai proprietari laterali l'obbligo della manutenzione del fosso comune a spese d'entrambi; dal che la Corte induce che sia loro inibito di colmarlo. Ciò non è serio. Senza dubbio uno dei vicini non può procedere per via di fatto, come era avvenuto nella specie. Egli deve chiedere la divisione; finchè questa non ha avuto luogo, si applicherà l'art. 669; ma quando la cosa comune è stata divisa, non può più parlarsi di conservarla, perchè essa non esiste più. Demolombe fa una obbiezione piu seria; l'indivisione forzata, dice egli, è nell'essenza della comunione; esiste dunque di pieno diritto per tutte le cose comuni. Noi abbiamo risposto precedentemente all'argomento, provando che i motivi che rendono necessaria la comunione dei muri, non sono applicabili ai fossi ed alle siepi. Aggiungiamo che l'art. 673 dimostra che non tutte le cose comuni sono necessariamente indivise, giacchè permette di abbattere e per conseguenza di dividere un albero comune. L'indivisione forzata, anche in ciò che concerne la comunione, deve piuttosto esser considerata come una eccezione, giacchè deroga al principio d'ordine pubblico scritto nell'art. 815.

Noi applichiamo questi principii così alle siepi come ai fossi. Gli autori stessi che ammettono la divisione del fosso comune sono concordi nel mantenere l'indivisione forzata delle siepi. I motivi che Duranton porge per giustificare questa differenza tra le siepi ed i fossi non hanno alcun valore; sono considerazioni di fatto, la facilità di scavare un fosso, la dificoltà di stabilire una siepe viva. Che mai ciò ha di comune con i principii che regolano l'indivisione? (1).

La Corte di cassazione ha giudicato, sovra la relazione di Pardessus, che il comproprietario d'una siepe può sradicarla surrogandola con un muro; il muro era stato elevato su di un

---

(1) Duranton, t V, p. 417, n. 381. Nel medesimo senso Demolombe, t. XI, p. 538, n. 479, e Aubry e Rau, t. II, p. 435 e nota 84.

terreno di cui il costruttore era proprietario esclusivo. La sentenza nota che non vi è azione senza interesse; e la Corte di Poitiers avea constatato in fatto che il vicino non soffriva alcun pregiudizio dalla sostituzione di un muro alla siepe (1). Ma si trattava veramente d'una questione d'interesse? Era piuttosto questione di proprietà. Colui che è soltanto comproprietario può disporre della cosa comune? No, certo. Secondo la nostra opinione il comunista può chiedere la divisione della siepe, salvo in seguito a costruire sul suo fondo quella chiusura che meglio gli aggradi, ma non lo può senza il consenso volontario o forzato del suo vicino. A maggior ragione non può sradicare la siepe tutta intiera. Occorreva dunque, in ogni ipotesi, o il consenso del vicino, o l'intervento della giustizia.

(1) Sentenza di rigetto del 22 aprile 1829 (DALLOZ, alla parola, *Servitude*, n. 616).

APPENDICE I.

L'usufrutto successivo

e la sostituzione fedecommissaria nel loro rapporto e sviluppo storico.

L'articolo 901 del cod. civ. ital. è così formulato:

« La disposizione, colla quale è lasciato l'usufrutto, o altra annualità a più persone successivamente, ha soltanto effetto in favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testatore ».

Ora, intorno al vero concetto di questo articolo, alla sfera d'efficacia del divieto dell'usufrutto successivo, al diritto delle persone chiamate al legato, ed a quelle dell'erede possono sorgere importanti controversie. Ma perchè la pratica del diritto non si perda nell'empirica soluzione dei casi, è necessario che soccorra una chiara e consapevole dottrina d'ogni istituto e d'ogni rapporto. Ed alla formazione di questa dottrina concorrono e l'opera faticosa dei commentatori del codice, e l'esposizione sistematica dei principii del nostro diritto, ed infine l'opera modesta di chi prende a studiare un singolo punto del diritto, e lo tratta monograficamente.

Il nostro codice vieta l'usufrutto successivo, e dichiara nulle le sostituzioni fedecommissarie e v'è un rapporto tra le due disposizioni. A noi è sembrato che questo rapporto si chiarisse con lo sviluppo storico dei due istituti; e perchè il nostro punto di partenza è sempre il diritto romano, sia quando le legislazioni moderne l'han seguìto, sia quando l'hanno modificato, noi abbiamo innanzitutto voluto chiarire la dottrina del diritto romano puro, in cui l'usufrutto successivo poteva prendere la forma d'un fedecommesso. Si vedrà che in questa teoria, come in tutte le altre del diritto romano, v'ha precisione ammirevole nella determinazione delle regole giuridiche; e tal precisione dovrebbe menare i giuristi moderni ad averla come modello nella trattazione del diritto vigente, anche quando questo nel contenuto dei precetti se ne allontana. Così si studia il diritto attraverso il diritto romano ed oltre lo stesso, come ebbe a dire un illustre scrittore.

I. — Diritto romano.

Secondo il diritto romano il legato d'usufrutto può essere fatto *ex die* ed *in diem posse enim usumfructum ex die legari et in diem constat.* (L. 1, § 3, D. *Quando dies ususfructus legati cedat,* 7, 3). Poichè per propria essenza l'usufrutto si estingue con la morte dell'usufruttuario, non può essere trasmesso allo erede; ma il testatore può espressamente costituire un legato d'usufrutto per Tizio, e dopo la morte di costui per chi ne sarà l'erede; nel qual caso vi sono due diversi usufrutti, l'uno per Tizio, l'altro pel suo erede. Ulpiano veramente enuncia la teoria della duplicità dell'usufrutto a proposito della *stipulatio* nella L. 38, § 12, D. *De verborum obligationibus,* 45, 1. *Sed si quis* UTI FRUI LIGERE SIBI HEREDIQUE SUO *stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit? Et putem posse, licet* DIVERSI SINT USUSFRUCTUS. Ma la stessa teoria è dal medesimo Ulpiano applicata ai testamenti nella L. 5, pr., *Quib. mod. ususf. vel usus amit.,* 7, 4: *Repeti potest legatus ususfructus amissus qualicumque ratione, dummodo non morte, nisi forte heredibus legaverit.*

Un legato d'usufrutto successivo può manifestarsi anche sotto la forma del fedecommesso *post mortem.* Veramente il rigoroso *ius civile,* ammettendo che per morte o *capitis deminutio* l'usufrutto si estingue, non poteva garentire l'obbligo della restituzione. Ulpiano, nella L., 29, § 2, D., *loc. cit.,* riferisce il dubbio di Pomponio, e l'opinione effermativa di Marcello: *Idem Pomponius quaerit, si legatum mihi usumfructum rogatus sim tibi restituere, an per te fruit videar, nec amittatur ususfructus. Et ait dubitare se de hac quaestione: sed est verius, quod Marcellus notat, nihil hanc rem fideicommissario nocere: suo enim nomine utilem actionem eum habiturum.* L'azione adunque fondasi sulla *Praetoris iuris dictio,* ed è una *utilis actio,* poichè il pretore, variando le originarie condizioni, per le quali l'*actio* è stabilita, finge che il fedecommissario chieda l'usufrutto *iure legati* (1).

Dunque nello stesso diritto romano, che è il diritto classico delle analogie, l'usufrutto successivo poteva manifestarsi sotto

---

(1) L. 29, D. *De usu et usuf. et reditu,* 33, 2. GAIUS, *Si quis usumfructum legatum sibi alii restituere rogatus sit eumque in fundum induxerit fruendi causa: licet iure civili morte et capitis deminutione ex persona legatarii, pereat ususfructus, quod huic ipso iure adquisitus est, tamen praetor iurisdictione sua id agere debet, ut idem servetur, quod futurum esset, si ei cui ex fideicommisso restitutus esset, legati iure adquisitus fuisset.* L. 4, D. *Quibus mod. usus vel ususf. amit.* 7, 4; MARCIANUS, *Si legatum usumfructum legatarius alii restituere rogatus est, id agere praetor debet, ut ex fideicommissarii persona magis quam ex legatarii pereat ususfructus.*

la forma del fedecommesso *post mortem*, benchè la condizione propria del fedecommesso, cioè la restituzione, non fosse possibile cessando l'usufrutto per morte. E benchè da tutti ricordata, noi non possiamo trattenerci di far menzione della ragione fondamentale, assegnata dai giureconsulti romani, per l'estinzione necessaria, alla quale è subordinato il diritto di usufrutto. Imperocchè un eterno usufrutto annulla il contenuto stesso del diritto di proprietà, e lo rende vano ed inutile. L. 3, § 2, D. *De usufr.* (7, 1); CAIUS, *Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu, placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti* (Conf. L. 56, *eod.*). E, secondo Ulpiano, non può nemmeno sorgere dubbio, che l'usufrutto si estingua colla morte, in quanto il *ius fruendi* è uno di quei diritti che è essenzialmente connesso alla persona (1).

Ora la connessione del legato successivo d'usufrutto col fedecommesso ci conduce a ricordare talune fondamentali regole del diritto romano, riguardanti l'ampia e difficile materia dei fedecommessi. E perchè il concetto ne risulti preciso ed intero, sarà d'uopo considerare i differenti principii, che il diritto romano fermò nel caso diverso di un fedecommesso universale o particolare, e nel caso che chi è gravato del fedecommesso premuoia al fedecommissario, o non voglia accettare l'eredità od il legato.

Innanzi tutto noi non crediamo superfluo il permettere brevi cenni sull'origine e sviluppo dei fedecommessi, ed i successivi passi che a Roma si fecero per dare ad essi il carattere di un istituto giuridico. Introdotti sotto la forma della preghiera (*verbis precativis*) per potere disporre in favore d'incapaci (2), poggiavano da principio sul sentimento del pudore di colui, alla cui fede si era affidato il testatore (*fidei-committit*, onde *fideicommissum*). Egli è facile il pensare che molti, non astretti da coazione giuridica, violassero l'obbligo d'onore imposto dal testatore, quindi malvagiamente (*ob insignem perfidiam*), come dicono le istituzioni, non adempivano al desiderio dei morenti (3). Si aggiunse che Augusto fu da un certo Lucio Lentulo pregato della prestazione di un fedecommesso, e che l'imperatore adempì la volontà del testatore. L'esempio di lealtà del capo dello Stato eccitò l'imitazione dei cittadini, e sorse il concetto di garentire giuridicamente un obbligo, che sino allora era stato affidato ad un sentimento morale. Le istituzioni ci trasmettono anzi la notizia, che si raccontava che Augusto avesse radunato un Con-

(1) L. 3, § 3, D. *Quibus modis ususfr. vel usuf. amit.* 7, 4. *Morte quoque amitti usumfructum non recipit dubitationem, cum ius fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret.*

(2) GAI., Ist., II, § 284... *peregrini poterant fideicommissa capere: et fere hoc fuit origo fideicommissorum.*

(3) § I, Ist. *De fideicommissariis hereditatibus* (2, 23); V. CICERO., *Defin.*, II, 58.

siglio di giureconsulti, e che Trebazio avesse persuaso l'imperatore a dar garentia ai codicilli, e quindi ai fedecommessi, potendo essi riuscire utilissimi per i lunghi e frequenti viaggi dei cittadini (1). Da principio fu imposto ai consoli d'interporre la loro autorità; ma visto il pubblico favore per la innovazione, fu creato un pretore speciale *qui de fideicommissis jus diceret* (2).

Gaio (tit. II, § 268 e seg.) ci trasmette con esattezza le differenze tra il fedecommesso ed il legato, e tra esse è da notare questa: che non si poteva imporre un legato al legatario, ma era permesso un fedecommesso. Cosicchè un legato successivo qualsiasi e quindi un legato con l'obbligo della restituzione *post mortem legatarii* non si può concepire se non all'epoca che furono introdotte le garentie pei fedecommessi. E Gaio stesso segna lo sviluppo dei *fideicommissa de hereditatibus,* o fedecommessi universali, e ne determina le condizioni per la validità. È necessario innanzi tutto che vi sia l'istituzione dell'erede, al quale *fideicommittatur ut eam hereditatem restituat* (3).

E questo carattere della restituzione, che è il carattere fondamentale nello sviluppo storico dei fedecommessi, anche posteriormente al diritto romano, e che nel diritto intermedio si formolò col carattere proprio della sostituzione fedecommissaria, manifestasi nella formola stessa del testamento, della quale s'incontrano numerosi esempi nelle fonti: LUCIUS TITIUS HERES ESTO, ROGO TE LUCII TITII PETOQUE A TE UT CUM PRIMUM POSSIS HEREDITATEM MEAM ADIRE, GAIO SEIO REDDAS RESTITUAS (4).

Quanto al modo col quale un fedecommesso venne giuridicamente garentito, fu possibile al *praetor fideicommissarius* di ricorrere al sistema delle *stipulationes;* che anzi a lui era facilitato il farlo, dappoichè la causa dei fedecommessi si decideva in una *praetoria cognitio* e quindi *extra ordinem* (5). E conformemente al carattere generale dello sviluppo d'ogni istituto nel diritto romano, cioè che le modificazioni non sono violente, ma s'appuntano ad istituti riconosciuti, il fedecommissario originariamente non fu considerato nè come erede nè

---

(1) § I, Ist. *De fideicomm. hered.* (2, 23); pr. Ist. *De cod.* (2, 25).

(2) GAI., Ist., II, 278; Ist., *loc. cit.* L'imperatore Claudio fu quello che istituì due pretori fedecommissari, e Tito li ridusse ad uno. SVETON., *Claud.*, 23, L. 2, § 32, D. *De origine iuris* (1, 2); QUINTILIAN.; lib. 3, 6, 70. Conf.: PUCHTA, Ist., § 88; WALTER, *Storia del diritto romano,* § 638; PADELLETTI, *Storia del diritto romano,* cap. 41, n. 1, e specialmente MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht,* vol II, part. 2, p. 96 e 185.

(3) GAI., Ist., 2, § 248.

(4) GAI., Ist., 2, § 250. Una formola di testamento, gravata d'un fedecommesso da restituirsi dopo la morte, è data dalla L. 57, pr. *Ad SC. Trebellianum* (36, 1): *Heredes mei quidquid ad eos ex hereditate bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriae meae coloniae Beneventanorum.*

(5) GAI., Ist., 8, § 278. V. BETHMANN-HOLWEG, *Der Civilprozess,* II, § 122; KELLER *Proc. civ.*, § 11 (traduzione di FILOMUSI-GUELFI).

come legatario (*nec heredis loco nec legatarii*), ma piuttosto come compratore, in quanto si obbligava l'erede ad una finta vendita. L'erede istituito rimaneva tale anche dopo la vendita, come nel caso d'una vera *venditio hereditatis*; ma si facevano delle *stipulationes*, perchè egli fosse garentito dai possibili effetti dell'adizione dell'eredità, come per esempio, dalle azioni dei creditori. Ciò è esposto minutamente da Gaio (1).

La giurisprudenza più tardi ebbe a dare una difesa più completa all'istituto del fedecommesso, e s'ebbe una vera *actio fideicommissi* (2). Intanto il *SC. Trebellianum* del tempo di Nerone (anno 62 dopo Cristo) considerò *quasi heres* il *fideicommissarius*, ed a lui accordò le *utiles actiones* (3). Il giureconsulto Ulpiano ci indica quale fu il motivo del Senatoconsulto. L'erede istituito, o temendo delle liti a causa di un'adizione, della quale egli poi non ne aveva vantaggio, o col pretesto delle liti rifiutava l'eredità. Il Senatoconsulto considerando il *fideicommissarius*, *quasi heres*, o come dice Gaio, *heredis loco*, e trasferendogli le *actiones utiles*, mentre accordava una *exceptio* all'*heres* riuscì contemporaneamente utile all'erede ed al fedecommissario (4). Con ciò s'era data una garentia sicura pei fedecommissari nel caso l'erede accettasse, ma l'erede poteva rifiutare. E difatti non avendo l'erede alcun vantaggio dell'eredità, perchè essa doveva essere tutta o quasi tutta restituita al fedecommessario, s'ebbe il *SC. Pegasianum*, che da un lato diè all'erede il diritto di ritenere la quarta parte dell'eredità, come per la legge Falcidia nei legati, dall'altro nel caso che l'erede rifiutasse l'eredità, vi fosse obbligato *iussu praetoris*, se il fedecommissario chiedeva il fedecommesso (5).

Pel nostro tema non occorre qui sviluppare le regole speciali riguardanti questi due Senatoconsulti, nè specialmente determinare come il fedecommissario fosse ora *loco heredis*, ora *loco legatarii*, come dicono le istituzioni di Gaio e di Giustiniano (6);

---

(1) GAI., Ist., II, § 252. Conf. per le conseguenze d'una *in iure cessio* dell'*haereditas*, GAI., Ist., II, § 14.

(2) L. 52, pr. D. *De iud.* (5, 1); L. 37, § 4, D. *De leg.* (32). Per la procedura vedi BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess*, 2, § 122.

(3) GAI., Ist., 2, § 253; PAUL., IV, 2. Le parole del Senatoconsulto sono riferite nella Leg. 1, § 2, D. *Ad SC. Trebell.* (36, 1).

(4) L. 1, § 3, 4, D. *Ad SC. Trebellianum* (36, 1). Conf.: GAI., *loc. cit.* in precedente nota.

(5) GAI., Ist., 2, § 254. *Pegaso et Pusione consulibus senatus censuit, ut ei qui rogatus esset hereditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque e lege Falcidia in legatis retinendi ius conceditur*, § 258. *Sed si recuset scriptus heres adire hereditatem ob id quod dicat eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavetur Pegasiano Senatus consulto, ut desiderante eo, cui restituere rogatus est, iussu praetoris adeat et restituat.* Conf. Ist., § 5, *De fideicomm. hered.* (2, 23), dove è detto che il Senatoconsulto fu emanato ai tempi di Vespasiano, secondo il Rudorff, a. 75, d. Cr.

(6) GAI., Ist., § 252; Ist. *Just.*, § 3, *De fideicomm. herod.* (2, 23). In rapporto alle regole per la restituzione, per la detrazione della quarta, ecc., conf.: ARNDTS, *Pand.*, §§ 583, 584, 585, 586, 587.

ed è solo a ricordare che Giustiniano fuse in uno le regole fondamentali di ambedue i Senatoconsulti (1). Quanto alla differenza dei legati, e dei fedecommessi particolari, menomata da Costantino, fu tolta da Giustiniano, cosicchè l'espressione di *legatum* e di *fideicommissum* rimase una pura differenza di linguaggio, rispondente alla tradizione storica (2).

Ora in generale è possibile nel diritto romano un fedecommesso universale successivo, ed un legato o fedecommesso particolare successivo. La scuola diè loro il nome di *fideicommissaria substitutio* o *precaria substitutio* (3). Nel caso del legato essa si ha, quando è imposto al legatario di restituire ad un altro il legato dopo un certo tempo, per esempio, dopo la morte. Una forma di legato successivo è il così detto *fideicommissum familiae relictum*. Già di sopra noi abbiamo accennato che l'usufrutto può manifestarsi nella forma di un legato o di un fedecommesso particolare successivo. Ed ora importa fermare le regole particolari riguardanti il fedecommesso universale successivo ed il legato successivo.

Nel caso del fedecommesso universale molteplici rapporti sono a considerare, sia tra l'erede fiduciario ed i successivi fedecommissari universali, sia tra i fedecommissari tra loro.

1.° Il fiduciario premuore al testatore. Non ha più effetto il fedecommesso, dappoichè al tempo in cui s'avvera la chiamata al fedecommesso non vi è chi adisca l'eredità, e sia obbligato alla restituzione. Può sembrare, dice Celso, che il fedecommesso sia stato stabilito sotto la condizione che esista *quel tale erede* (4). Che anzi uno degli scopi, pel quale si è imposto all'erede fiduciario l'obbligo d'adire l'eredità, e del quale si è discorso, è appunto secondo Ulpiano, per impedire che il testamento resti *destitutum* per morte del fiduciario prima dell'adizione, e con ciò cada il fedecommesso (5). Noi possiamo pensare che il fedecommissario sia stato anche volgarmente sostituito all'erede, ma allora egli subentra *iure directo* o non *iure fideicommissi* (6).

2.° Il primo fedecommissario premuore al testatore, e l'erede fiduciario adisce l'eredità. Il secondo ha diritto di chiedere il fedecommesso all'erede: la ragione è data da Papiniano; quando

---

(1) Ist., § 7, *De fideicomm. hered.* (2, 23); L. 26, 1, *Ad Senatusconsultum Trebellianum.*

(2) Ist., §, 2, 3 *De leg.* (2, 20); L. 1, 2. C. *Com. de leg.* (6, 43); L. 1, D. *De Leg. et fideicomm.*, 30. Conf. PUCHTA, Ist., §§ 321, 323.

(3) WINDSCHEID, *Pand.*, § 637: ARNDTS, *Pand.*, § 549; DE CRESCENZO, *Sistema del diritto civile romano*, § 289. V. più innanzi II.

(4) L. 29, § 1, D. *De leg.*, 31. « Quod alicuius heredis nominatim fidei com-« mittitur, potest videri ita demum dari voluisse, si ILLE EXTITISSET HERES ».

(5) L. 13, § 3. D. *Ad SC. Trebellianum* (36, 1).

(6) V. VOET, *Com. ad Pand.*, § 69: *Ad SC. Trebellianum* (36, 1) Nel caso che il fedecommesso sia contenuto in un codicillo, e l'erede manchi, il fedecommissario può rivolgersi contro l'erede *ab intestato?* Vedi VOET, *loc. cit.* Si argomenta dalla L. 14, Cod. *De fideicomm.* (6, 42).

l'eredità è stata adita, bisogna adempiere intera la volontà del defunto (1).

3.° Il primo fedecommissario rinuncia al fedecommesso, il secondo subentra al suo posto, e quindi, secondo il principio del SC. Pegasiano può costringere l'erede fiduciario ad accettare la eredità, ed a restituirla se l'erede col pretesto d'una eredità dubbia non voglia farlo. « Quod si prior recusaverit, placuit ut « recta via secundus possit postulare, ut heres adeat, et sibi restituat ». L. 55, § 2, D. *Ad SC. Trebellianum* (36, 1).

Le regole nel caso d'un successivo fedecommesso particolare sono alquanto diverse:

1.° Secondo il principio generale, premorendo l'erede al testatore, il testamento è *destitutum,* ed in conseguenza si annullano i legati ed i fedecommessi. L'istessa conseguenza si ha nel caso della rinuncia. Il fedecommesso o il legato può rimanere in piedi soltanto in forza della clausola codicillare (2). Però nel caso d'una rinuncia dell'erede per defraudare i legatari, trovandosi egli l'erede *ab intestato,* soccorse l'editto pretorio: « Praetor voluntates defunctorum tuetur et eorum calliditati « occurrit, qui omissa causa testamenti ab intestato heredi- « tatem partemve eius possident ad hoc, ut eos circumveniant, « quibus quid e iudicio defuncti debere potuit, si non ab inte- « stato possideretur hereditas, et in eos actionem pollicetur » (3). Così nel caso che l'erede abbia rinunciato per danaro (*pretio accepto*), un rescritto di Adriano stabilì che fosse data contro di lui l'azione a favore dei legatari e dei fedecommissari, *exemplo eius qui omissa causa testamenti ab intestato possiderat hereditatem* (4). Se l'erede non per danaro, ma gratuitamente ha rinunziato all'eredità, però per favorire il sostituito, o l'erede legittimo, è data al legatario o fedecommissario un'*actio utilis* contro colui che possiede l'eredità; perchè, dice Ulpiano, è cosa che desta lo sdegno il far frode alla volontà dei defunti (5).

Del resto in generale l'erede è libero di accettare o rifiutare l'eredità, ed Ulpiano ha la cura di notare che il *beneficium* nascente dal SC. Pegasiano non dee estendersi nè ai legatari, nè ai fedecommissari particolari. Ad ognuno dee essere libero di rifiutare anche una pingue eredità (6).

---

(1) L. 55, § 2, D. *Ad SC. Trebellianum* (36, 1). Vedi ARNDTS, *Pand.*; § 588.

(2) L. 88, § 17, *De leg.*, 31. Conf. ARNDTS, *Pand.*, § 546, 548.

(3) L. 1, pr. D. *Si quis omnia causa,* ecc. (29, 4). L. 1, § 9, cit.; L. 13, 16, *loc. cit.*

(4) L. 2, pr., D. *loc. cit.*

(5) L. 4, pr., D. *loc. cit.*

(6) L. 17, D. *Si quis omissa causa,* ecc. (29, 4). ULPIANUS: « Si quis omissa « causa testamenti omnino eam hereditatem non possideat, excluduntur legatarii: « nam liberum cuique esse debet, etiam lucrosam hereditatem, omittere licet eo « modo legata, libertatesque intercidunt: sed in fideicommissariis hereditatibus id « provisum est, ut si scriptus heres nollet adire hereditatem, iussu praetoris adeat « et restituat: quod beneficium his quibus singulae res per fideicommissum re- « lictae sint, non magis tributum est quam legatariis ».

2.° Se il legatario o il primo fedecommissario premuore al testatore, il secondo legatario o fedecommissario ha l'azione contro l'erede; perchè i legati *caduci* o *in causa caduci* restano all'erede *cum onere*. Così l'erede è costretto a prestare *fideicommissum*, non potendosi tollerare che chi riceve un vantaggio, lucrando il legato caduco, si sottragga ai pesi ad esso annessi (1).

3.° Se il legatario o il fedecommissario di primo grado rinuncia al legato o fedecommesso, si hanno le stesse conseguenze come nel numero precedente per le stesse ragioni (2).

4.° Se il primo legatario si astiene dal legato, chi è chiamato al fedecommesso ebbe da un rescritto di Antonino Pio, il diritto di farsi cedere dal legatario le azioni contro l'erede. È questo un bellissimo caso d'una forzosa *cessio actionum*. 70. D. *De leg.* (31). PAPINIANUS: « Imperator Antoninus rescripsit « legatarium, si nihil ex legato accepit, ei cui debet fideicom- « missum actionibus suis posse cedere, nec id cogendum sol- « vere. Quid ergo si non totum, sed partem legati relicti re- « stituere rogatus abstineat eo? utrum actionibus suis in totum « cogetur cedere, an vero non nisi ad eam quantitatem, quae « fideicommisso continetur? Quod ratio suadet » (3).

Questi sono i principii puri del diritto romano sia in rapporto dei fedecommessi universali, sia dei fedecommessi successivi particolari. Ma prima di passare oltre nello sviluppo della teoria del legato successivo, aggiungiamo poche considerazioni dal punto di vista stesso del diritto romano in rapporto al tempo in cui nasce il diritto (*dies legati vel fideicommissi cedit*), ed in rapporto al tempo in cui esso si può far valere con azione (*dies legati vel fideicommissi venit*), quando al legato o al fedecommesso è apposto un *dies*.

1.° Se è apposto un così detto *terminus incertus an*, come per esempio, se il testatore abbia detto: « Heres cum morietur,

---

(1) L. 1, § 4, 7, 9, *De caducis tollendis* (6, 51). Conf.: L. 29, D, *De leg.*, 31. Vedi inoltre la L. 9, D. *De usu et usufr. leg.*, (32, 2) la quale riguarda specialmente l'usufrutto successivo.

(2) Conf. le leggi citate nelle precedenti note.

(3) La differenza del caso, preveduto dalla L. 70, cit. dalla rinuncia. Fu rettamente segnata già dai glossatori: « ABSTINEAT, id est differat agere, ne repudiet. « Azo, Sed pone quod repudiat, dicunt quidam nullum, quod est verum quantum « ad legatarium: sed heres tenetur ad quem cedit cum onere, ut ». L. 1, § C. *De cad. tol.* (6, 51). La L. 70 citata fu compiutamente interpretata dal Cuiacio, il quale giustamente osserva che la *compulsio* per la *cessio actionum* suppone che l'*actio* sia rimasta nel primo legatario, e che quindi soltanto *se abstinuit, non repudiavit*. Era necessaria questa specie di forzosa *cessio actionum*, perchè altrimenti l'erede non sarebbe stato liberato dall'*actio ex testamento*, che avrebbe potuto intentare il primo legatario. Nel caso di astensione del legatario il fedecommissario ha l'*a. utilis*, nel caso di rinuncia l'*a. directa*. Vedi CUIACIO, *Quaest. Cap.*, lib. 20, col. 582, tom. 4, op. post. Napoli, 1722. Conf. DONELLO, *Com. de iure civ.*, lib. 8, cap. 18, num. 22. Altro caso della *cessio actionum* nella L. 8, § 7, D. *De leg.* (32).

« Lucio Titio centum dato », ovvero « cum legatarius morietur, « Titio centum dato » ovvero nel caso d'un fedecommesso: lego cento a Tizio, e dopo la sua morte restituirà i cento a Caio, il diritto del legatario è sospeso sino al raggiungimento del termine. Difatti vi è un elemento d'incertezza che equipara in certo modo il termine alla condizione, cioè che all'epoca della morte dell'erede, o del primo legatario (nel caso del legato successivo e del fedecommesso) l'onorato sia vivente. Egli è per questo che Paolo nella L. 4, *Quando dies legatorum vel fideicommissorum cedat* (36, 2), dice: « SI CUM HERES MORIETUR legetur, « conditionale legatum est: denique vivo herede defunctus le- « gatarius ad heredem non transfert » (1). Cosicchè in un legato successivo o fedecommesso successivo *post mortem, dies cedit* al momento della morte del primo legatario, o del primo fedecommissario.

2.° Nei diritti, i quali non si trasmettono agli eredi, e quindi nel caso di un legato di usufrutto, anche quando vi è l'apposizione di un *dies certus,* il *dies cedit* quando è giunto il termine, dappoichè, come dice Ulpiano, *dies non ante cedit,* se il legato non si trasmette agli eredi (2). Quindi nel caso di un usufrutto successivo *dies cedit ac venit* nel momento in cui deve avvenire la restituzione, e se questa dee farsi all'epoca della morte del primo legatario, *dies cedit ac venit,* quando costui muore.

Noi possiamo conchiudere, che per diritto romano, nel caso di un legato, di un usufrutto successivo, si applicano in generale le regole stabilite per i legati, o fedecommessi successivi, siccome risulta da quanto finora siam venuti esponendo, ed è detto espressamente da Ulpiano: L. 9, D. *De usu et usufr. leg.* (32, 2). « Si ab eo, cui legatus esset ususfructus, fideicom- « missum fuerit relictum, licet ususfructus ad legatarium non « pervenerit, heres tamen, penes quem ususfructus remanet, « fideicommissum praestat ».

II. — Diritto intermedio.

Nella scuola dei secondi glossatori, e per influenza specialmente di Bartolo incominciarono ad introdursi non poche modificazioni alla teoria romana da noi esposta sui fedecommessi. Il concetto ed il nome di una sostituzione nel fedecommesso

---

(1) Conf. L. 21 pr., D. *Quando dies leg. vel fid. cedit* (36, 2); L. 22, eod.; L. 49, § 1-3, *De leg.*, 30; L. 1, § 2, *De cond. et dem.* (35, 1); L. 79, § 1, eod. PAPINIANUS: « Heres meus, cum ipse morietur, centum Titio dato: legatum sub conditione re- « lictum est: quamvis enim heredem moriturum certum sit, tamen incertum est « an legatario vivo dies legati non cedat et non est certum ad eum legatum per- « venturum ». L. 12, § 1, eod; *De leg.*, 31.

(2) L. 2, D. *Quando dies leg. vel fid. cedit* (36, 2); L. 5, § 1, eod; L. 1, § 3 *Quando dies usus fructus legati cedat* (7, 3).

(*fideicommissaria seu praecaria substitutio*) come una specie di sostituzione contrapposta alla *substitutio vulgaris* o *pupillaris*, rimonta ai tempi di questa scuola; imperciocchè nel diritto romano, specialmente nei primi tempi, l'erede fiduciario rimanea erede anche dopo la restituzione della *fideicommissaria hereditas* (conf. sop.), e ciò esclude una vera *substitutio* nel senso romano.

Ma l'essersi più tardi considerato il fedecommissario come *quasi heres* o *heredis loco*, e quindi in una posizione analoga all'erede, menò la scuola al concetto, che come v'ha una *substitutio* nel caso di premorienza o rinuncia dell'erede (*substitutio vulgaris*), v'ha anche una *substitutio*, quando è istituto un erede, il quale poscia dopo un certo tempo o *post mortem* è chiamato a restituire l'eredità come fedecommesso; e questa sostituzione è la *substitutio fideicommissaria*. Da questa analogia la scuola dedusse importanti conseguenze, che saranno più innanzi ricordate.

È alla L. 59, § 1, 2, D. Ad SC. *Trebellianum* (36, 1), che Bartolo si rannoda nella sua divisione delle sostituzioni. Il giureconsulto Papiniano reca la formola di due testamenti: nel primo è detto: *fidei filiarum meorum committo, ut, si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat: quod si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo.* Ora è avvenuto che il primo è morto, lasciando un figlio, il secondo senza. A prima vista, a causa della formula, sembrerebbe che la nipote non avesse più alcun diritto; ma poichè nei fedecommessi bisogna aver riguardo alla volontà del testatore, è assurdo il pensare che venuta meno la *prima sostituzione* (*cessante prima substitutione*), cioè quella del fratello a fratello, venga meno il fedecommesso fatto in favore della nipote in rapporto a quel figlio che è morto senza prole: se il testatore volle che tutto il patrimonio fosse restituito alla nipote, se i suoi due figli morissero senza prole, bisogna molto più credere che fu suo volere che ad essa rimanesse la parte dell'ultimo, se questi muore senza prole (1).

1.° L'altro esempio di testamento recato dalla legge è il seguente: *Peto te, uxor carissima, uti cum morieris hereditatem meam restituas filiis meis, vel uni eorum, vel nepotibus meis, vel uni eorum, vel cui volueris, vel cognatis meis si cui voles ex tota cognatione mea.* Il giureconsulto risponde che tra i figli sembra fatta una sostituzione del fedecommesso (*substitutio fi-*

---

(1) *Defuncto altero superstite filio, novissimo autem sine liberis neptis prima quidem facie propter conditionis verba non admitti videbatur: sed cum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi cessante prima substitutione partis nepti petitionem denegari, quam totum habere voluit avus, si novissimus fratris quoque portionem suscepisset.* L. 57, § 1, cit.

deicommissi), e che la facoltà di scegliere (*facultas eligendi*) non è data se non tra i nipoti ed i cognati, e che non può darsi la scelta nel grado dei cognati se esistono i nepoti. (1)

Nel § 1 della L. 57 citata espressamente è nominata una *substitutio*, determinata nella restituzione dell'eredità; ma nel § 2 la *substitutio fideicommissi inter filios* posta di riscontro alla *facultas eligendi circa nepotes*, ed in mancanza *circa ceteros cognatos* è una vera *vulgaris substitutio* tacita. In ogni modo è da questa legge che si forma l'espressione *fideicommissaria substitutio* in Bartolo (2), che si determina la divisione delle sostituzioni in Baldo (3), e che se ne trasmette la teoria in Paolo De Castro (4), ed in tutta la scuola, che si rannoda ai secondi glossatori (5).

E contemporaneamente alla denominazione ed al concetto di una sostituzione fedecommissaria si venivano introducendo parecchie modificazioni ai principii del puro diritto romano.

Come si è visto, se l'erede premuore al testatore, cade il fedecommesso. Ora nella suola si venne formando la teoria di una così detta *substitutio compendiosa*, la quale valesse contemporaneamente come *sostituzione volgare*, nel caso che l'erede premorisse al testatore o non accettasse, e come *sostituzione fedecommissaria*, quando l'erede avesse accettata l'eredità. Una *substitutio compendiosa* può valere come sostituzione pupillare e fedecommissaria.

Ed anche alla sostituzione compendiosa diè occasione un testo delle fonti: Nella L. 15, D. *De vulgari et pupil. subs.* (28, 6), Papiniano dice: *Centurio filiis*, SI INTRA QUINTUM ET VIGESIMUM ANNUM AETATIS SINE LIBERIS VITA DECESSERINT, *directo substituit. Intra XIV annos etiam propria bona filio substitutus iure communi capiet, post eam autem aetatem ex privilegio militum patris dumtaxat cum fructibus inventis in hereditate.*

Bartolo commentando questa legge dice: « Quaero quare dicatur compendiose? Respondeo quia sub compendio verborum « plures subtitutiones complectitur ». E nel commento alla L. 45, *De vulg. et pup. sub.* (28, 6) definisce la *substitutio compendiosa* per quella sostituzione, la quale « sub compendio ver-

---

(1) *Inter filios respondi substitutionem fideicommissi factam videri, circa nepotes autem et ceteros cognatos facultatem eligendi datam: ex ceteris autem cognatis, si nepotes superessent, non recte mulierem electuram propter gradus fideicommissi praescriptos; deficiente vero gradu nepotum ex cognatis quam velit personam eligi possit.* L. 57, § 2, cit.

(2) BARTOLO, ad L. 57, ad *SC. Trebellianum*. Conf. ad L. 45, *De vulg. et pup. subst.* (28, 6), ad L. 7, C. *De imp. et pup. subst.*, ecc.

(3) BALDO, ad. L. 57, *SC. Trebellianum*, che la chiama *substitutio per fideicommissum* (*substituitur pluribus vulgariter, interdum pupillariter, vel exemplariter, interdum per fideicommissum, interdum compendiose*).

(4) PAU, DE CASTRO, ad L. 57, ad *SC. Trebellianum*.

(5) Vedi MANTICA, *De coniecturis*; PEREGRINUS, *De fideicommissis*; FUSARIUS, *De fideicommissis*; MARTAE, *Summa successionis legalis*, ecc.

« borum continent tempus seu quandocumque decesserit ». La *substitutio compendiosa* è una specie distinta dalle altre, se è fatta dal soldato, come nel caso della legge 15 citata; non è una specie di sostituzione, ma soltanto *quaedam adiectio,* quando è fatta dal borghese. Cosicchè, segue Bartolo, è a distinguere se la *substitutio compendiosa,* per esempio, « Quandocumque « decesserit talis talis sit heres », è fatta dal borghese *verbis directis*, ovvero *oblique.* Nel primo caso non può valere che come *substitutio pupillaris*, e quindi non ha effetto dopo questo tempo (*expirat*); ma se è fatta *verbis obliquis,* per esempio, « quandocumque decesserit tali restituatur hereditas », allora vale in ogni tempo per diritto di fedecommesso (*iure fideicommissi*).

Finora si è discorso d'una *substitutio compendiosa* in quanto comprenda la *pupillaris substitutio* e la *vulgaris;* ma si ammise dalla scuola anche una *substitutio compendiosa,* che valesse come fedecommissaria e volgare (1). Di tal specie è la sostituzione seguente: « Uxor heres esto, post mortem uxoris « frater heres esto; ovvero: istituisco Tizio e quando egli morrà, « sostituisco Sempronio » (2). Ma se non si era usata la formola compendiosa, ma quella propria del fedecommesso *verbis obliquis,* celebri scrittori del diritto intermedio sostennero che il fedecommesso rimanesse caduco, se l'erede non accettava l'eredità, e che per sè la sostituzione fedecommissaria non contenesse la volgare (3).

Ma non bastò la sostituzione compendiosa, e si escogitò una così detta *sostituzione volgare anomala.* Questa sostituzione si presumeva sempre nella sostituzione fedecommissaria, eccetto il caso che il testatore l'avesse esclusa, costando che volesse *solum per fideicommissum disponere,* come dice il cardinale De Luca. Cosicchè con questa teoria si giunse ad un pensiero perfettamente estraneo e ad un effetto del tutto opposto al puro diritto romano, e mentre in questo pel caso di premorienza del fiduciario il fedecommesso non aveva effetto, per la teoria sostenuta dal cardinale De Luca e la pratica della Rota Romana, si giunse a mantenere in piedi sempre il fedecommesso, presupponendo la sostituzione volgare (4).

---

(1) BARTOLUS, ad lib. XXIX, P. *de acquir., hered.*, L. 68, n. 10 « Substitutio compendiosa, quæ continet vulgarem », e si riferisce al suo commento alla L. *Centurio* (L. 15, *De vulg. et pup. subst.*, 26, 6, innanzi cit.). Vedi FIERLIUS, *Celebriorum doctorum theoriae. Theoria Bartoli in L. Centurio,* 15, n. 10, *De vulg. et pup. subst.*, p. 67, Bononiae, 1825.

(2) MENOCHIUS, *De praesumptionibus,* Venetiis, 1597; MANTICA, *De coniecturis,* Genevae, 1597.

(3) PEREGRINUS. *De fideicom*, p. 226, n. 19, Venetiis, 1614; MARTAE, *Summa successionis legalis*, p. 297, n. 43, Venetiis, 1681.

(4) Card. DE LUCA, *Fideicom. Summa in theatrum,* ecc., disp. 107, n. 9, disp. 108, n. 9. La stessa dottrina è nel POLITI, *De fideicom.,* disp. 52, n. 52, ed in molti altri luoghi. Vedi la decisione della Rota Romana citata dal cardinale DE LUCA.

La dottrina ed il nome di *substitutio fideicommissaria*, e di *substitutio compendiosa* prevalsero in tutta Europa fino all'apparire del codice Napoleone (1). Donello non dubitò che la *fideicommissaria voluntas* fosse detta rettamente *substitutio fideicommissaria* a causa delle L. 5, C. *De impuberum et aliis substitutionibus* (7, 26), della L. 15, D. *De vulg. et pupil. subs.* (28, 6), della L. 41, § 1, L. 46 *eod.*, L. 57, § 1, 2. *Ad SC. Trebellianum* (vedi sopra). Ma secondo il Donello questa denominazione non comincia ad essere esatta se non dopo il Senatoconsulto Trebelliano; ed avverte che nelle fonti la *delatio fideicommissaria* non è espressamente detta *substitutio*, citando Modestino, che nella L. 1, D. *De vulg. et pup. subst.* (28, 6) dà la divisione generale delle sostituzioni in vulgare e pupillare, nè parla di una sostituzione fedecommissaria (2). In ogni modo Donello dichiarò la *substitutio compendiosa* e la *breviloqua* « genera ut inaudita iuris auctoribus, ita et verbis inepta, et re « supervacua » (3).

Si vedrà innanzi come la teoria della sostituzione compendiosa possa trovare una certa applicazione anche nel diritto moderno, e come è duopo se ne conosca l'origine.

III. — Il Codice francese e le legislazioni moderne delle varie regioni italiane.

La rivoluzione francese, che a nome dell'eguaglianza abbattè tutti i privilegi, rovesciò i vecchi ordini sociali, abolì le istituzioni feudali, non poteva tollerare le sostituzioni fedecommissarie, che nei paesi di diritto scritto ed in gran parte dei

---

(1) ANT. FABER, Cod. lib. 6, tit. 22, defin. 48 che cita una decisione del Senato di Piemonte del 3 settembre 1610. Conf. lib. 6, tit. 8, defin. 2, De AFFLICTIS, *Decisiones sacri regii consilli*, Decisione 367; OMBROSI, *Selectarum notae Florentinae decisionum thesaurus*, XI, dec. 22; VIVII, *Silvae communium opinionum doctorum*, lib. II, p. 12, p. 346, p. 394, Aquilae, 1588; GOMELIUS, *Comment. iuris resolutionum*, tom. II, cap. VII, che fa una larga biografia sulla teoria; DE MARINIS, *Juris allegationes*. Venetiis, 1731, all. 106; ODDO, *De compend. subst.*; LEONIUS, *Tractatus de substitutionibus*; RICHERI, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, lib. 2, § 5727. Venetiis, 1841; GRAVINA, *Inst. iuris civilis receptiores*, tit. XI; VOET, *Com. ad. Pand.*, n. 15; *De vulg. et pup. sub.* (28, 6); VINNII, *Ist.* n. 1, *De vulg. subst.* (2, 15); HUBERI, *Prael. ad Pand.* n. 11 (28, 6). Quanto alle più recenti decisioni della Rota Romana, vedi decisione 1843, 2 *iunii coram de Retz*, n. 4 e decisioni ivi citate, e decisione 1845, 23 *iun. coram De Retro*, n. 12 e decisioni ivi citate; decisione 1846, 26 *iun. Coram De Retro*, n. 4: « Scitum quippe vulgatumque in foro « est substitutiones quas forences vocant, *in mancanza*, cuius species est Caietani « substitutio, tum vulgarem, tum fideicommissariam substitutionem continere ».

(2) DONELLI, *Com. de iure civ.*, lib. VI, cap. 23, n. 12, 23; *Com. in Cod. ad tit. XXVI*, lib. VI. Lucae, 1766.

(3) Vedi DONELLO, *O.* e *l. cit.* In Italia rifiutò la sostituzione compendiosa il celebre canonista Cavallari, del quale le istituzioni di diritto romano, se non agguagliano l'eccellenza delle opere di diritto canonico, non meritano l'oblio. Conf. in rapporto alla *substitutio compendiosa*, p. 403, n. c. Napoli, 1778, 2.ª ed.

paesi di diritto consuetudinario si trovavano ammesse ed usate (1). Le sostituzioni fedecommissarie, dirette a mantenere lo splendore delle famiglie dei signori, erano bene in accordo con le monarchie assolute del secolo scorso, e noi le vediamo anche oggi accordarsi con le monarchie rette ad ordini costituzionali, come l'Inghilterra, quando nell'ordinamento dello Stato e nella vita politica trova posto un'aristocrazia potente e rispettata pei servigi resi alla patria, per l'ingegno e la coltura. Montesquieu considerò le sostituzioni fedecommissarie come istituto di carattere essenzialmente monarchico (2). Cosicchè la legge del 25 ottobre-14 novembre 1792, che vietò in modo assoluto le sostituzioni fedecommissarie, che dichiarò nulle anche quelle anteriormente formate, ma non aperte all'epoca della sua pubblicazione, è l'effetto naturale dei principii democratici, che avevano investita tutta la società francese, ed ispiravano i suoi nuovi ordini politici e la legislazione. Bigot Préameneu, esponendo i motivi della legge dinanzi al Corpo legislativo, disse che le sostituzioni fedecommissarie erano germe di discordie nelle famiglie, arricchendo l'uno a spese dell'altro; che nuocevano alla prosperità economica, non interessando a migliorare la proprietà; che mettevano fuori di commercio una gran massa di beni; che s'opponevano ai sentimenti di famiglia, sacrificandoli allo splendore della fortuna di un solo (3). Il codice Napoleone con l'art. 896 mantenne il divieto; ma mentre la legge del 1792 aveva annullata soltanto la sostituzione, lasciando l'eredità o il legato al primo chiamato, esso dichiarò nulla la disposizione sia riguardo al fedecommissario, sia riguardo all'erede istituito o al legatario (4). Gli scrittori francesi son d'accordo nel giustificare il concetto dell'art. 896 per la ragione, che resa di niun effetto la volontà del testatore per quel che riguarda il sostituito, non si può più sapere se il testatore avrebbe preferito questo all'istituito erede, od al legatario (5).

Ora sotto l'impero del diritto francese un legato successivo di usufrutto è generalmente ammesso come valido, ritenendosi che non è possibile per la natura stessa dell'usufrutto, che si estingue per morte, l'essenziale carattere della sostituzione fedecommissaria, cioè il conservare ed il restituire. Nel legato di usufrutto successivo, dice il Laurent, sono due usufrutti di-

---

(1) Vedi per le consuetudini che avevano abolite o ristrette le sostituzioni fedecommissarie MERLIN, *Repertorio* v. *Sostituzione fedecommissaria*, sez. I, § 1 e segg.

(2) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, lib. V, cap. 8.

(3) LOCRÉ, Leg. XI p. 358 e segg.

(4) Art. 896 cod. Nap. Le sostituzioni sono vietate. Qualunque disposizione con la quale il donatario, l'erede instituito, o il legatario, sia gravato di conservare e restituire ad una terza persona, sarà nulla anche riguardo al donatario, all'erede istituito o al legatario.

(5) AUBRY e RAU, § 693. nota 3, n. 54; DURANTON, VIII, 90; TOULLIER, V. 13; MERLIN, v. *Sostituzione*, § 14: DALLOZ, *Répertoire*, v. *Substitution*, n. 17, 18.

versi, due liberalità distinte, e gli autori moderni sono unanimi nel dichiarare che esso non può essere considerato come sostituzione fedecommissaria nè secondo lo spirito, nè secondo la lettera della legge. Non è possibile il conservare ed il restituire, non l'ordine successivo: l'azione con cui si reclama l'usufrutto non si dirige contro il primo usufruttuario, ma contro il proprietario (1).

Lo spirito della rivoluzione francese si ripercosse nella nostra Italia, e l'imperio del primo Napoleone vi dominò con le sue leggi e con le sue armi. Nel diritto come nella vita prevalsero le idee francesi, e se in generale è a lamentare l'interruzione delle nostre tradizioni giuridiche (le quali incominciatesi a riannodare dopo la restaurazione per la riforma italiana al codice francese han fatto un nuovo passo col codice vigente, e s'aspettano dalla dottrina e dalla pratica un nuovo sviluppo), non si può disconoscere che l'abolizione delle sostituzioni fedecommissarie rispondeva ad un bisogno del tempo anche in Italia; cosicchè i codici, che vi si vennero pubblicando dal 1814 sino alla promulgazione di quello del Regno d'Italia, la mantennero. Ma la reazione del 1815 restaurò e diffuse la potenza dell'Austria, la quale nelle provincie soggette, Lombardia e Venezia, pubblicò con la patente del 28 settembre 1815 il codice civile austriaco del 1811. Questo codice, improntato più che il francese al diritto romano, e compilato in una forma, che gli stessi tedeschi riconoscono difettosa per la soverchia casistica ed un certo dottrinarismo soverchio (2), riconosce le sostituzioni fedecommissarie, sia nell'eredità, come nei legati (§§ 608, 646, § 652). Ed importa qui il notare come il codice austriaco nel § 608 sanziona espressamente la teoria che noi abbiamo esposta nel diritto intermedio, dichiarando: « La sostituzione fedecommissaria in sè comprende tacitamente la volgare ». Dall'altro lato, abolite nello Stato pontificio le leggi francesi, risorsero nelle provincie romane i fedecommessi e le sostituzioni fedecommissarie, e perdurò la legislazione medioevale insino alla loro riunione al Regno d'Italia (3).

Noi abbiam detto che l'abolizione della sostituzione fedecommissaria operata universalmente in Italia dal codice francese

---

(1) LAURENT, *Principes de droit civil*, p. 348, tom. 14; AUBRY e RAU, § 694, I, n. 6 con le decisioni ivi citate; DURANTON, VI, 491; VIII. 54· DEMOLOMBE, *Succession*, IV, p. 144, Paris 1863; PROUDHON, *De l'usufruit*, II, 446.

(2) Uno scrittore illustre il BETHMANN-HOLLWEG, recentemente mancato ai vivi, così parla del codice prussiano o dell'austriaco in confronto al codice francese: « Nel codice francese mancano quelle generalità infruttuose, e falsamente sistematiche, che trovano nel diritto prussiano e nel codice austriaco sì largo posto; e mentre questi assumono un tuono didascalico, quello parla imponendo ciò che deve essere diritto » BETHMANN-HOLLWEG, *Ueber Gesetzgebung und Rechtswissenschaft als Aufgabe unserer Zeit*, p. 30. Bon. 1876.

(3) Vedi *Regolamento legislativo e giudiziario per gli affari civili* di GREGORIO XVI, 1834, § 38 e segg.

rispondeva ad un bisogno del tempo (1); che anzi ve n'era già stato l'esempio in una legge italiana, la legge toscana del 29 febbraio 1789. Il secolo decimo ottavo è periodo di grande progresso per la legislazione italiana, e la legge toscana si rannoda a tutta quella serie di riforme civili, che rendono gloriosa la memoria di Leopoldo (2). Già una legge del 1747 aveva cercato di porre limiti ai fedecommessi, sia in rapporto alle persone, non permettendole ai borghesi, sia in rapporto alla durata limitando il vincolo a quattro gradi; ma la legge del 23 febbraio 1789 proibisce « qualunque sostituzione fedecommissaria, la quale per qualche spazio di tempo ancorchè breve renda inalienabili i beni di qualsiasi specie e natura, ed induca l'onere di conservarli e restituirli, ecc. » (art. 1). La legge ammette l'usufrutto successivo a favore di più persone; ma sotto la condizione che queste siano nate o almeno concepite all'epoca della disposizione negli atti tra vivi, o al tempo della morte del disponente negli atti di ultima volontà (art. 6). Finalmente dispone, che considerandosi come non scritto e nullo il vincolo della restituzione, resti valida la disposizione in tutte le altre sue parti; cosicchè, annullato il vincolo, i beni restino liberi presso l'erede, il legatario, o il donatario (art. 8). Abolito nel 1814 il codice Napoleone, la legge del 1789 fu richiamata in vigore, ed è rimasta vigente fino alla pubblicazione del codice italiano (3).

Il Codice napoletano del 1819 è importante, perchè segna il primo tentativo di una riforma italiana al codice francese. La materia delle sostituzioni è meglio ordinata, e contrariamente all'art. 896 del codice francese si rannoda alla legge toscana del 1789, annullando la sostituzione fedecommissaria, ma ritenendo valida la donazione, l'istituzione, il legato, a cui essa è aggiunta (4). Sotto l'impero di questo codice la dottrina ritenne che l'usufrutto successivo non fosse proibito, seguendo la teoria francese (5). Il codice di Parma del 1820 seguì gli stessi principii del Codice napoletano del 1819 (art. 674).

In Piemonte Vittorio Amedeo II aveva limitati con una costituzione i fedecommessi e le primogeniture, ed un editto di Carlo Emanuele IV aveva seguìto l'esempio toscano: ma dopo la re-

---

(1) Vedi Filangieri, *Scienza della legislazione*, tomo II. cap. 37, che combatte il concetto che il sistema delle sostituzioni fosse adatto alla costituzione monarchica evidentemente rispondendo a Montesquieu, però senza citarlo.

(2) V. Sclopis, *Storia della legislazione italiana*, vol. II, p. 470 a segg. Torino, 1865.

(3) Forti, *Scritti varii*, p. 376. Firenze 1865; *Trattati inediti di giurisprudenza* p. 2, 94. Firenze, 1864.

(4) Art. 943. La nullità della sostituzione fedecommissaria non recherà alcun pregiudizio alla validità della donazione, della istituzione o del legato cui sta aggiunta, restando caducate tutte le sostituzioni anche di primo grado.

(5) Miraglia, *Leggi civili*, p. 41, tom. II. Napoli, 1852, seconda edizione.

staurazione i fedecommessi furono ristabiliti, considerandosi la loro totale soppressione, come effetto d'uno spirito rivoluzionario (1).

Le leggi civili del regno di Sardegna del 1827 riprodussero nella sostanza le limitazioni stabilite dalle costituzioni che richiedevano un titolo di nobiltà per essere autorizzato ad istituire fedecommessi (2); e l'articolo 90 presenta per la prima volta il diritto dell'usufrutto successivo: « Si potrà anche lasciare l'usufrutto dell'eredità ad una o più persone, non però successivamente ».... Finalmente nel 1837 fu promulgato da re Carlo Alberto un nuovo codice civile che vietò le sostituzioni fedecommissarie (art. 879), si uniformò alle tradizioni italiane, mantenendo valide le istituzioni ed il legato, cui esse fossero state aggiunte (art. 880), e finalmente con l'art. 881 prescrisse che la disposizione con la quale fosse stato lasciato l'usufrutto a più persone necessariamente non fosse efficace che in favore dei primi chiamati.

Il codice estense del 1851 abolì anche esso le sostituzioni fedecommissarie (art. 858), e considerò, come aveva già fatto il codice albertino, l'usufrutto successivo, come diretto a far frode al divieto della sostituzione fedecommissaria (art. 682).

IV. — Codice italiano.

Il codice italiano ha resa più semplice la materia delle sostituzioni in rapporto al diritto preesistente, e specialmente in rapporto ai due più importanti codici italiani, il codice albertino ed il codice napoletano. Basta gittare fugacemente lo sguardo sul loro testo per convincersi che il legislatore italiano ha posta la massima cura a fondere in breve numero di disposizioni le regole fondamentali riguardanti le sostituzioni permesse e le vietate. Il nostro codice non ha fatto che seguire la tradizione italiana, mantenendo la istituzione d'erede od il legato, ed annullando soltanto le sostituzioni (art. 900) (3); e proibendo l'usufrutto successivo si è rannodato alle tradizioni della legislazione sarda.

Ora importa innanzitutto il notare che il diritto vigente, riconoscendo da un lato la sostituzione volgare, dall'altro vie-

---

(1) Pertile, *Storia del diritto ital.*, IV, p. 157. Padova, 1874.

(2) È importante il notare che la Cassazione di Torino, con decisione 24 gennaio 1853, ritenne che sotto l'impero delle costituzioni la nullità della sostituzione fedecommissaria non rendesse nulla la istituzione (*Racc.* V, 2, 101).

(3) L'obbligo dalla restituzione è una *conditio contra legem*, e come tale si ha per non scritta (art. 849). Il testatore doveva sapere, e si presume che sapesse che la legge vieta le sostituzioni fedecommissarie: ciò pei principii che regolano la *ignorantia iuris*. Pei testamenti fatti sotto l'impero delle leggi, che riconoscevano le sostituzioni fedecommissarie, non poteva valere questa ragione, e la legge transitoria provvide equamente nell'art. 24.

tando la fedecommissaria, mentre annulla questa in una disposizione, mantiene non pure l'istituzione d'erede o il legato, ma la sostituzione volgare. Se il testatore ha previsto il caso della premorienza dell'erede o della sua non accettazione, ed ha sostituito Tizio; e contemporaneamente ha imposto all'erede la restituzione dopo la sua morte allo stesso Tizio, la sostituzione volgare non è annullata per la fedecommissaria, e se l'erede premuore al testatore, o rinuncia, Tizio subentra *iure directo,* e non *iure fideicommissi.* Ma nel codice albertino è controverso se valesse lo stesso principio. Una decisione della Corte di cassazione di Torino ha ritenuto che quando all'istituzione d'erede o al legato è aggiunta una sostituzione fedecommissaria, cade anche la volgare (1); mentre ad una sentenza del tutto opposta è venuta recentemente la cassazione di Roma (2).

Siamo costretti ad esaminare preliminarmente questa controversia, perchè essa si connette, come si vedrà più innanzi, ad una importante questione relativa all'usufrutto successivo:

Il codice albertino dice nell'art. 180: « La nullità della sostituzione fedecommissaria non recherà alcun pregiudizio alla validità dell'istituzione d'erede o del legato: resteranno bensì caducate tutte le sostituzioni di primo grado « compresa la « volgare, la quale in tal caso non si avrà per sottintesa nella fedecommissaria ». — La Corte di cassazione di Torino parte dal presupposto che se non vi fosse stata l'aggiunta *compresa la volgare,* ecc., la caducità della sostituzione volgare sarebbe stata già determinata dalla frase precedente; e che le parole *compresa la volgare,* ecc., aggiunte in seguito alle osservazioni del Senato del Piemonte, non possono indicare il mutato intendimento del legislatore; che anzi quelle parole danno una maggiore spiegazione del concetto della disposizione, esprimendo più ampiamente l'intenzione di « restringere i fedecommessi, e quindi travolgere nella loro nullità anche le altre sostituzioni tutte di primo grado ». Invece la Corte di cassazione di Roma assume un principio in tutto differente. Imperocchè dall'avere il codice albertino ammessa la sostituzione volgare (art. 873), essa deduce che, secondo i principii dello stesso codice, se vi fossero state due sostituzioni, l'una volgare, l'altra fedecommissaria, la prima sarebbe stata valida, la seconda nulla. La Corte anzi riconosce anche il valore della sostituzione compendiosa, poichè aggiunge: « Nè questa conclusione muterebbe pel fatto che le due sostituzioni fossero espresse compendiosamente in unica formola, poichè l'unità materale del dettato non toglie la distinzione sostanziale di due disposizioni intrinsecamente diverse, e corrispondenti

(1) *Giurispr.*, 1877, pag. 451. Il Pubblico Ministero aveva conchiuso in senso contrario.

(2) Cass. civile Roma, 27 novembre 1877 (*Racc.*, 1878, I, 93).

a due ipotesi distinte, anzi opposte tra loro ». Ora posto questo concetto, la stessa Corte interpreta l'ultima frase dell'art. 880 del cod. alb. nel senso che la sostituzione annullata nell'articolo citato è la sostituzione volgare, che tacitamente si può sottintendere nella sostituzione fedecommissaria, e che, come si è visto, era sempre sottintesa nell'ultimo periodo della giurisprudenza intermedia. Ambedue le Cassazioni fanno appello ai lavori preparatori del codice albertino.

Bene è stato osservato che la redazione dell'articolo 880 non è molto felice (1): e si può anche aggiungere che dai lavori preparatori del codice albertino, si può trarre argomento sì per l'una come per l'altra opinione. Ed invero il Senato di Piemonte domandava si chiarisse la prima formola *restando caducate tutte le sostituzioni anche di primo grado.* « Pare, esso diceva, che queste parole si riferiscano alla sostituzione volgare e pupillare, e che per esse siasi voluto stabilire, che la sostituzione fedecommissaria è talmente nulla e priva di ogni effetto, che non può nè deve torcersi in semplice volgare e pupillare ». La Commissione rispose che: « si poteva dar luogo ad una maggiore spiegazione, partendo dal principio che la nullità non può scindersi, e che l'intenzione di restringere i fedecommessi viene ampiamente espressa con l'aggiunta: *Restando caducate tutte le sostituzioni anche di primo grado, compresa la volgare, la quale in tal caso non si avrà per sottintesa nella fedecommissaria.* Che cosa ha domandato il Senato di Piemonte? Che cosa ha risposto la Commissione? Ha voluto il Senato che si chiarisse solo che non si potesse giammai interpretare una sostituzione fedecommissaria, come volgare, ovvero ha creduto che, perchè non si torcesse una sostituzione fedecommissaria in volgare, bisognasse colpire anche la sostituzione volgare espressa? E così la risposta della Commissione è dubbia anch'essa e le parole aggiunte nell'articolo accrescono l'incertezza. Il Senato di Piemonte considerò come dubbiosa la primitiva formola: « Restando bensì caducate tutte le sostituzioni anche di primo grado ». Noi crediamo con la Corte di cassazione di Torino, che sarebbe stato meglio che l'aggiunta non fosse stata fatta; ma allora noi avremmo dato all'articolo un'interpretazione tutt'affatto opposta alla sua, cioè avremmo indubitatamente creduto che la sostituzione volgare espressa non avrebbe seguìta la sorte della fedecommissaria. La Corte d'appello di Torino interpreterebbe nel suo senso l'art. 900 del vigente codice che dice: « ma sono prive d'effetto tutte le sostituzioni anche di primo grado. » E si noti che anche nel codice napoletano del 1819, che fu il primo codice che, come si è visto, modificò il francese mantenendo l'istituzione e dichiarando nulle le sostituzioni fedecommissarie, si leggevano le parole: « restando

(1) *Foro ital.*, 1877, 1, 1290.

caducate tutte le sostituzioni anche di primo grado »: e sotto l'impero di quel codice non si dubitò, per quanto a noi consti, che la nullità della sostituzione fedecommissaria non nuoceva alla volgare espressa.

Confessiamo francamente che da un lato l'infelice redazione dell'articolo 880, dall'altro l'autorità di due Cassazioni in lotta ci han fatto dubitare molto lungamente nella scelta tra le due opposte interpretazioni; ma finalmente ci siam risoluti d'accettare l'interpretazione più logica e scientifica della Cassazione di Roma. Ed a cogliere il concetto dell'articolo 880 noi crediamo che si faccia ben prescindere dalla formola del dubbio, posto dal Senato di Piemonte, e si studii l'articolo per sè, strettamente secondo le sue parole. Il dubbio non ci spiega che soltanto l'occasione, per la quale l'aggiunta, causa della controversia, fu apposta dalla Commissione. Il punto di partenza è per noi, che se il dubbio, qualunque ne fosse il fondamento, non fosse stato elevato dal Senato di Piemonte, l'articolo 880 sarebbe stato redatto senza quella aggiunta, ed in conformità dell'articolo 943 del codice napoletano. E se ciò fosse avvenuto, come abbiamo avvertito, la conseguenza sarebbe stata che essendosi riconosciuta la sostituzione volgare, la quale riguarda il caso della premorienza o della rinuncia, non potevasi fare da essa correre la sorte della fedecommissaria, che riguarda un caso diverso, anzi opposto, come dice la Cassazione di Roma, solo perchè essa si trovasse insieme all'ultima nella stessa disposizione. Si aggiunga che se il pensiero del legislatore fosse stato di rendere inefficace anche la sostituzione volgare, il concetto sarebbe stato chiaramente espresso in cotal modo: « Resteranno bensì caducate tutte le sostituzioni anche di primo grado, compresa la volgare ». Allora non si sarebbe potuto fare questione del concetto della legge, e sarebbe caduta nella nullità la sostituzione volgare espressa, e la sottintesa nella sostituzione fedecommissaria. Ma v'è l'aggiunta della frase: « La quale in tal caso non s'avrà per sottintesa nella fedecommissaria »; e questa frase contiene il divieto di non potere, come prima s'era fatto, sottintendere in ogni sostituzione fedecommissaria la sostituzione volgare. L'articolo sarebbe stato certamente meglio redatto e più chiaramente se avesse detto: che nulla la sostituzione fedecommissaria, anche la volgare sottintesa (la *substitutio vulgaris anomala*, di cui innanzi si è discorso) s'intendesse nulla (1). Se non che accettando il concetto della Cassazione di Roma noi crediamo di avvertire che bisogna andar cauti nell'ammettere una *substitutio compendiosa*, estranea ai principii del diritto romano, e *verbis inecta ac re supervacua*,

(1) Per es., non vi sarebbe alcun dubbio se la frase fosse stata formolata: « Resteranno bensì caducate tutte le sostituzioni anche di primo grado, compresa la volgare sottintesa nella fedecommissaria ».

come abbiam visto aver detto il Donello. Imperciocchè se quella teoria s'accorda col sistema dei fedecommessi, non crediamo si trovi troppo in armonia col nostro sistema che li proscrive.

In quanto al divieto dell'usufrutto successivo si dee avvertire innanzi tutto che l'articolo 901 del cod. vig., salvo una lieve modificazione nella redazione, è identico all'articolo 881 del codice alb. È chiara la ragione del divieto. Il legislatore ha voluto restringere la durata della separazione dell'usufrutto dalla proprietà, ed ha voluto togliere ogni possibile mezzo di frode all'abolizione della sostituzione fedecommissaria. Strettamente non è possibile nemmeno nel diritto odierno il conservare ed il restituire nell'usufrutto, che si estingue oggi, come nel diritto romano, per la morte. Ma già nel diritto romano s'era riconosciuta, come si è visto, nell'usufrutto successivo qualche cosa d'analogo alla successione d'un legato o fedecommesso di proprietà; e poi è evidente che, ammesso l'usufrutto progressivo per due generazioni, in fondo la sostituzione fedecommissaria sarebbe stata possibile per due gradi. La legge toscana del 1789 fu costretta a limitare la validità dell'usufrutto successivo, stabilendo che il gratificato fosse nato, o almeno concepito, all'epoca della disposizione negli atti tra vivi, o all'epoca della morte del testatore in un atto d'ultima volontà; e la legge piemontese del 1827, il codice albertino, l'estense, l'italiano sono stati più rigorosi, e l'hanno proibito.

Nel concetto della legge adunque il legato successivo d'usufrutto è equiparato alla sostituzione fedecommissaria; ed è appena mestieri che si noti il carattere intrinseco di questo legato, cioè che esista una successione di chiamati, il che è espressamente detto dall'articolo 901. Ma s'incontra un primo dubbio: cioè se nel divieto dell'articolo 901 si comprenda qualunque usufrutto successivo, anche quello, cioè, nel quale sia apposto un *dies certus*, dal quale debba finire per una persona, e cominciare per un'altra il godimento dell'usufrutto. La quistione è stata già trattata, ed il Pacifici-Mazzoni opina per la negativa (1). Noi siam d'accordo con l'illustre magistrato, ed a noi pare che la ragione fondamentale sia che il divieto dell'usufrutto successivo stabilito nell'articolo 901 fondasi sull'analogia con le sostituzioni fedecommissarie. Ora in queste si riconoscono generalmente tre elementi o caratteri essenziali: 1.° che vi sia un doppio ordine di chiamati a raccogliere l'un dopo l'altro l'eredità o il legato; 2.° che sia imposto ai primi chiamati l'obbligo di conservare e di restituire; 3.° che si verifichi il così detto *ordine successivo*, cioè che la restituzione debba essere fatta all'epoca della morte (2). Il nostro codice mentre

---

(1) *Delle success.*, III, p. 412 e seg. Firenze 1825.
(2) V. Aubry e Rau, § 694; Pacifici-Mazzoni, *Delle success.*, III, p. 375.

ammette che nell'istituzione d'erede possa apporsi una condizione (art. 848), vieta nell'articolo 851 l'apposizione di un giorno, dal quale la disposizione debba cominciare o cessare. Il giorno si ha per non apposto, ed in conseguenza l'istituzione d'erede rimane pura e semplice. Ed invero all'istituzione d'erede contraddice essenzialmente la determinazione del tempo: onde è, secondo noi, avvenuto che mentre il nostro codice non ha fatta distinzione tra condizione sospensiva e risolutiva, cosicchè può sostenersi valida l'una e l'altra nell'istituzione d'erede, ha considerata come nulla l'apposizione del termine. Nel diritto romano, diritto più rigoroso, ritiensi che la condizione risolutiva sia nell'istituzione d'erede equiparata al *dies* per la nota massima: *Semel heres semper heres* (1). Questa massima è per lo meno mutilata se si ritiene come valida una condizione risolutiva; ma s'avverta che nella condizione risolutiva l'effetto retroagisce al tempo della morte del testatore, e si considera l'istituito sotto tal forma di condizione come se mai non fosse stato erede; mentre è il chiamato in quel caso che si considera fin da quel tempo erede, ed in conseguenza rappresentante dell'università del diritto del defunto. Invece nel termine vi sarebbe un'interruzione nella rappresentanza della persona del defunto:

(1) ARNDTS, *Pand.*, § 495, reca in conferma il § 9, Ist. *De her. inst.* (2, 14): la L. 34, *De hered. inst.*, (28, 5), e la L. 88 *eod.* I primi testi riguardano espressamente il divieto di un *dies*. Trascriviamo qui soltanto il frammento chiarissimo di PAPINIANO (L. 34 cit.): « Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio ». La L. 88 poi eleva in occasione di una *adiectio* d'altro erede ad un erede istituito sotto condizione la massima generale: « Non potest adiectus efficere, ut qui semel heres extiti, desinat heres esse ». Ora appunto perchè proibito un *dies certus*, è proibita la condizione risolutiva nel diritto romano? Così la pensa l'ARNDTS, *Pand.*, § 495, n, 1. Oltre ad altre leggi, più o meno indirette, VANGEROW, *Pand.*, § 484, cita la L. 15, § 4, *De test. mil.* (29, 1): « Miles et ad tempus heredem facere potest et alium post tempus vel ex conditione vel in conditionem ». Se questa è una specialità del testamento militare, l'esclusione della condizione risolutiva è il ius *commune.* Sostengono che nell'istituzione d'erede la condizione risolutiva si cangi in sospensiva. WENING-INGENHEIM. *Civ. Archiv*, I, 9; ZIMMERN VII, 7; MEJER, *in Schweppe's Handbuch.* Ma contro questa opinione diffusamente VANGEROW, *loc. cit.* (*Ann.*, I). *Riassunto della controversia* in DE CRESCENZIO, *Sist.*, vol. II, p. 62. KELLER, *Pand.*, § 491, chiama la teoria di Wening assurda; ma WINDSCHEID, che la dice a buon diritto rifiutata, aggiunge che bisogna riconoscere che « un'interpretazione da questo lato non è impossibile in certe circostanze ». Lo stesso autore poi opina (ma senza alcun appoggio nelle fonti) che nel caso fosse chiara la volontà del testatore, che date certe circostanze l'istituito dovesse cessare d'essere l'erede, esso deve restituire l'eredità, come un legato: WINDSCHEID, *Pand.*, § 544. Non decidiamo la controversia nel diritto romano; ma dalla controversia possiamo trarre un argomento in favore dell'opinione che sostiene la validità della condizione risolutiva nel diritto moderno. Il codice austriaco ha ammesso condizione risolutiva a termine espressamente (§§ 695, 696). Gli scrittori italiani sono concordi nel ritenere ammessa la condizione risolutiva nel codice italiano. V. oltre al PACIFICI-MAZZONI, *Success.*, III, p. 224, BUNIVA, *Delle Success.*, p. 263, Torino 1855; PRECERUTTI, *Elementi di diritto civile*, 2.ª ed., § 59 che espressamente nota la condizione risolutiva avere un effetto sospensivo. Il DOVERI è d'opinione contraria (II, n. 632, p. 479, n. 1). Il tema meriterebbe una trattazione speciale.

dappoichè non retroagisce il termine, e non si annulla la condizione giuridica d'una persona durante quel tempo designato. Ma ciò non avviene nei legati, dove l'apposizione d'un termine s'intende permesso. Oltre alla ragione generale che l'art. 851 limita il divieto del termine alle disposizioni a titolo universale (1), presta un argomento anche l'articolo 856. In fatti in questo è disposto, che se è lasciato un legato sotto condizione o *dopo un certo tempo*, chi è gravato dal legato può essere costretto a darne cauzione, od altra sufficiente cautela al legatario. Ora può essere imposto un legato tanto all'erede, quanto al legatario; e ciò discende dai principii generali, ed è anche significato dall'articolo 856 nell'espressione *chi è gravato*, ecc. Se quindi il legato è d'una nuda proprietà, ed è apposto un termine certo, poniamo per tre anni, e dopo il quale il legato passerà ad un altro legatario, non vi è il *tractus temporis* proprio della sostituzione fedecommissaria, che reclama, secondo un'opinione generalmente ammessa dagli scrittori, il carattere essenziale che la restituzione sia rimandata all'epoca della morte. Il legato, non contenente adunque una sostituzione vietata, sarà valido e si avrà così la successione di due legati a termine, all'uno dei quali è apposto il *dies ad quem*, all'altro il *dies a quo* (2). Ma s'intende da sè che ciò non vale nel caso che nel legato a termine si larvi una sostituzione vietata, come quando il termine sia così lungo da far presumere che la restituzione debba avvenire dopo la morte del primo legatario. Or se tutto questo vale pel legato di proprietà, molto più deve valere pel legato di usufrutto. E se il divieto dell'usufrutto successivo è sancito dall'articolo 901 per analogia alle sostituzioni fedecommissarie, non debbono oltrepassarsi le condizioni d'identità, sulle quali fondasi l'analogia. E come la restituzione, che è elemento essenziale della sostituzione fedecommissaria, dee essere rimandata al caso di morte perchè s'abbia la sostituzione vietata, così il passaggio dell'usufrutto *successivamente* dall'uno all'altro legatario debbe avvenire allo stesso tempo, perchè si cada nel divieto dall'articolo 901. Ma anche qui cade a proposito l'osservazione, che se è apposto un termine lunghissimo al godimento del primo usufruttuario, sì che faccia presumere che il godimento durerà tutta la vita, può essere la disposizione testamentaria annullata, come fatta in frode della legge (3).

L'articolo 901 può anche dar luogo ad altri dubbii. Che cosa avviene nel caso che il primo usufruttuario premuoia al testatore? Quale è l'effetto della rinunzia del primo chiamato?

---

(1) PACIFICI-MAZZONI, *Delle success.*, VII, p. 83, Firenze, 1877.
(2) Conf. AUBRY e RAU, § 694; PACIFICI-MAZZONI, *Delle succ.*, III, p. 408, Firenze, 1875.
(3) V. PACIFICI-MAZZONI, *loc. cit.*, p. 408-409.

Nei motivi del codice albertino trovasi risoluta la prima quistione a proposito dell'articolo 881 di quel codice, rispondente all'articolo 901 del nostro codice. Il Senato di Piemonte osservò: « Che la disposizione di questo articolo, nel modo in cui è concepita, può dar luogo a dubitare se i primi, in favore dei quali si dichiara valido il legato, sieno quelli soltanto del primo grado di chiamati, che esistano al tempo della morte del testatore, od anche quelli di un grado ulteriore, che si troveranno in quel momento viventi ». Suppongasi il caso del lascito dell'usufrutto d'una eredità a 4 persone a ciascuna delle quali siansi dati tre o quattro gradi di sostituiti successivi, ossia indiretti. Morendo il testatore, il lascito sarà valido soltanto a favore di quelli del primo ordine di vocazione che esisteranno, ovvero a favore anche degli altri di un grado ulteriore, se mancano tutti quelli del primo nella loro linea? La Commissione rispose: « L'articolo pare sufficientemente chiaro di per sè, perche non dice *i primi di grado,* ma *i primi che si troveranno chiamati a goderne;* lo che estende la disposizione a tutti quelli che trovansi in grado di vocazione, che siasi verificato al tempo della morte del testatore, e che non siano da altri esclusi a quel tempo. L'intenzione della legge non è che di impedire la successività dell'usufrutto, la quale produrrebbe l'effetto di un fedecommesso: questa intelligenza è ovvia » (1).

Noi accettiamo col Pacifici-Mazzoni questa decisione anche sotto l'impero del vigente codice (2). La legge non pronunzia la nullità della vocazione all'usufrutto successivo, prima che questa siasi verificata per un ordine di chiamati; e ciò è in accordo con la teoria della molteplicità degli usufrutti. In conseguenza se il chiamato di primo grado premuore, quello di secondo grado diventa primo chiamato all'epoca della morte del testatore.

Ma la quistione è più grave trattandosi di rinunzia. Deve essere questo caso equiparato alla premorienza? Deve ammettersi una tacita sostituzione volgare?

Noi confessiamo che l'idea, offertaci dalla prima intuizione, leggendo l'articolo 901, è stata che in caso di rinuncia gli effetti son diversi, e che l'usufrutto si consolida con la proprietà. Ma può farsi innanzi tutto l'obbiezione, che se scopo della legge a mente della Commissione del codice sardo, è stato d'impedire la successività dell'usufrutto, ciò non si avvera sì nel caso della premorienza, come della rinunzia. E può dirsi inoltre che se nell'un caso la legge ha sottintesa una sostituzione volgare, analogamente la debba sottintendere nel secondo.

---

(1) *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi; Codice civile,* II, 165.
(2) Pacifici-Mazzoni, *Delle success.*, III, p. 446, 447.

Ma noi avvertiamo innanzi tutto che da un lato la ragion della legge è l'analogia che presenta l'usufrutto successivo con la sostituzione fedecommissaria, dall'altro non è ad essa estraneo il principio economico, cioè che il meno che sia possibile l'usufrutto resti separato dalla proprietà. E questo concetto deve essere la prima guida della soluzione della difficoltà. Oltrechè si avverta che il diritto all'usufrutto successivo non si verifica contemporaneamente nel diverso ordine di chiamati, come avviene nell'usufrutto congiuntivo. Se la legge permettesse l'usufrutto successivo, sarebbero perfettamente applicabili i principii del diritto romano a proposito del *dies cedit.* Pei primi chiamati il *dies* cadrebbe all'epoca della morte del testatore, pei secondi all'epoca della morte dei primi usufruttuarii. Ma verificatosi il *dies* pei primi chiamati all'epoca della morte del testatore, posto il divieto della legge per la successività dell'usufrutto, la disposizione di secondo ordine *pro non scripta habetur.* E questo è il concetto della espressione dell'articolo 901; « ha soltanto effetto in favore dei primi chiamati a goderne alla morte del testatore ». Ciò significa che pei secondi chiamati all'epoca stessa la disposizione *non ha effetto*, cioè è nulla. La rinuncia in conseguenza non può far vivere una disposizione, che è rimasta caducata per ciò stesso, che si è verificata la vocazione pei primi chiamati all'epoca della morte del testatore.

Nè si dica che la legge può sottintendere una sostituzione volgare. Si ricordino in questo punto i successivi passi fatti nel diritto intermedio per giungere alla *substitutio vulgaris anomala* del cardinale De Luca e della Rota Romana, e si avverta che questa ben si accorda col sistema dei fedecommessi (esempio il codice austriaco già citato), non col nostro che rigorosamente li proibisce. E si ponga mente che anche a voler rifiutare, come abbiam fatto, l'interpretazione della cassazione di Torino all'articolo 889 del codice albertino, la cassazione di Roma ha interpretato l'articolo nel senso che si possa sottintendere la sostituzione volgare nella fedecommissaria, torcendo questa in quella. Anche sotto l'impero del vigente codice, che nell'articolo 900 ha soppressa la frase del codice albertino: « compresa la volgare, la quale in tal caso non si avrà per sottintesa della fedecommissaria », noi crediamo che sia giusta l'interpretazione della corte suprema di Roma. Qui impera l'analogia tra la sostituzione fedecommissaria e l'usufrutto successivo; e come nella prima restando senza effetto pel divieto della legge l'obbligo della restituzione dopo la morte, che è il caso previsto dal testatore, non si può sottintendere il caso della mancanza, che è quello della sostituzione volgare; così nell'usufrutto successivo nel caso previsto del successivo godimento e proibito dalla legge non si può sottintendere il caso della rinuncia.

Come abbiamo già avvertito il nostro codice ha resa più semplice tutta questa materia delle sostituzioni in confronto al

codice albertino; ha soppressi molti articoli che in questo codice avevano un valore puramente dottrinale, e che non si addicono al carattere di una legge, la quale *iubeat*, *non disputet.* L'articolo 895 contiene una esatta definizione della sostituzione volgare, che nella formola è più perfetta di quella data nell'articolo 873 del codice albertino; ma non è stato ripetuto tutto intero l'articolo 882, nè l'articolo 884.

La soppressione del primo articolo per un sol punto può menare ad una ricerca importante nel diritto vigente, cioè pel permesso di istituire eredi o far legati « sotto una condizione, la quale non sia per verificarsi che al momento della morte degli eredi o legatarii ». Trattandosi di una condizione risolutiva, legata essenzialmente all'epoca della morte, non si cade nell'ipotesi della sostituzione fedecommissaria? Noi opineremmo per l'affermativa anche sotto l'impero del codice albertino, ed in conseguenza e con maggior ragione crediam lo stesso sotto l'impero del codice vigente (1). Ma all'infuori di questa ricerca, che qui non è il luogo di istituire, e che si connette alla teoria generale della validità della condizione risolutiva apposta alla istituzione di erede, la soppressione dell'art. 882 e del primo capoverso dell'art. 884 spiegasi per due ragioni fondamentali, date dalla teoria della legislazione, cioè: 1.° perchè non è necessario che la legge determini il *lecito* od il *permesso*, quando son ben determinati i limiti del *divieto;* 2.° perchè le disposizioni contenute nell'articolo 882 e 884 *logicamente* si deducono dai precetti positivi o proibenti, contenuti in tutta la sezione del nostro codice, riguardante le sostituzioni. Ed è per questo che in fondo l'art. 884 del codice albertino è trasfuso negli articoli 899, 901 del codice italiano; in conseguenza anche secondo il diritto vigente s'intenderà fatta in frode del divieto della sostituzione fedecommissaria la disposizione col peso di dare a più persone successivamente l'intero usufrutto dell'eredità o porzione di esso. Nel concetto adunque del nostro codice, come

(1) La questione del resto è molto controversa nella giurisprudenza. Decisero per la nullità: Cass. Napoli, 10 novembre 1863 (*Racc.* XV, 2, 733); Cass. di Napoli, 7 maggio 1870 (*Gazzetta del procuratore*, V, 484); Cass. Napoli 2 marzo 1877 (*Racc.* XXIX, I, 530); Cass. Napoli, 20 luglio 1872 (*Annali*, VI, I, 300). Decisero per la validità: Corte d'appello Brescia, 23 gennaio 1877 (*Racc.* XXIX, II, 434); Cass. Napoli, 9 settembre 1874 (*Racc.* XXVI, I, 690); Cass. di Napoli, 23 giugno 1837 (*Racc.* XXIX, I, 904); Corte d'appello Napoli, 13 luglio 1877 (*Racc.* XXIX, 2, 20). Recentemente la Corte d'appello di Torino ha considerato che nel caso di una istituzione di un erede, e della istituzione di un secondo erede se il primo muore senza prole si abbia una condizione sospensiva. Vedi decisione Corte d'appello Torino, 11 maggio 1878 (*Giurisprudenza*, XV, 577). In senso opposto Corte d'appello di Venezia, 4 giugno 1878. La dottrina è anche essa oscillante; vedi specialmente le note del GABBA alle decisioni citate della Corte di appello di Brescia e della Cassazione di Napoli, PACIFICI-MAZZONI, *Delle Successioni*, III, pagine 427, 428. In contrario DEMOLOMBE, XVII, 120; AUBRY e RAU, § 594 (traduzione italiana).

nella espressa formola del codice albertino, è equiparato l'usufrutto successivo alla sostituzione fedecommissaria e se in questa in conseguenza non può sottintendersi una sostituzione volgare, non la si può nemmeno sottintendere nell'usufrutto successivo. In altri termini l'art. 884, primo capoverso, del codice albertino riferma il concetto che una volta avvenuta la vocazione pei primi chiamati all'epoca della morte del testatore, resta senza effetto la vocazione successiva; nè la rinuncia del primo usufruttuario può renderla mai valida.

Cosicchè è chiaro che noi riteniamo nelle sostituzioni fedecommissarie propriamente dette non doversi mai sottintendere una sostituzione volgare. E quindi se l'erede premuore al testatore, o se rinuncia, il testamento è *destitutum*, e si dà luogo alla *delatio ab intestato* (1). Ma diverso è il caso, come noi abbiamo già accennato, se v'è una sostituzione volgare espressa, che secondo il nostro diritto è valida, che considera un caso diverso della sostituzione fedecommissaria, e che non può essere travolta nella nullità di questa. Questo stesso principio si applica all'usufrutto successivo.

Che se è una *iuris quaestio* la definizione dei concetti giuridici della sostituzione volgare e della sostituzione fedecommissaria, è una *quaestio facti* (*quaestio voluntatis*) il ricercare *quid senserit testator* (2). Questo principio determina i limiti del magistrato di cassazione, ed è da noi sancito dalla giurisprudenza (3). Ma se la magistratura di merito avesse attribuito il carattere di sostituzione volgare ad una sostituzione fedecommissaria, espressa nella formola chiara e precisa, la questione sarebbe più di fatto. E non sarebbe nemmeno di fatto, se il magistrato di merito, violando lo spirito della legge sull'abolizione dei fedecommessi, tendesse a torcere una sostituzione fedecommissaria in volgare, accettando senza un fino discernimento la teoria medioevale della *substitutio compendiosa*. Imperciocchè la questione di fatto sta nella valutazione del volere del testatore per vedere se è previsto espressamente, qualunque siasi la formola, il caso che dà luogo alla sostituzione volgare; ma non è dato al magistrato andar oltre, sottintendendo la sostituzione voluare. Dappoichè se anche voglia ammettersi che con fino discernimento il magistrato possa valersi della teoria della *substitutio compendiosa*, a lui è assolutamente vietato ricorrere alla *substitutio vulgaris anomala*. Ma non è il nostro cômpito di entrare nella teoria della interpretazione in rapporto alle

---

(1) Quanto al caso della premorienza di contraria opinione è PACIFICI-MAZZONI, *Delle successioni*, III, p. 441.

(2) *Voluntatis defuncti quaestio in aestimatione iudicis est*, 2, 7, Cod. *De fideicom.* (6, 41).

(3) Cass. Napoli, 17 maggio 1870 (*Gazzetta del Procuratore*, V, 484). Confronta pure la sentenza citata della Cass. di Roma, 27 novembre 1877 (*Racc.* 1878, I, 93). Confr. PACIFICI-MAZZONI, *Delle successioni*, III, p. 433.

sostituzioni fedecommissarie, e soltanto noi faremo tesoro di una osservazione del Laurent, cioè che non basta che il testatore dia « il nome e l'apparenza di una sostituzione volgare per render valida una disposizione »; perchè « è la natura della disposizione che decide della sua validità e nullità, e non la forma che le parti han potuto dare per eludere la disposizione della legge (1). E ciò è perfettamente applicabile anche nel caso dell'usufrutto successivo (2).

FRANCESCO FILOMUSI-GUELFI.

APPENDICE II.

Dei demani comunali e degli usi civici

Occasione e scopo del presente lavoro.

Nelle provincie meridionali e siciliane esiste da gran tempo un sistema di diritto che non trova riscontro nelle altre provincie della penisola; *quello dei demani comunali e degli usi civici.* Una lunga serie di leggi, decreti, rescritti e ministeriali li venne, dai primordii del secolo che volge, disciplinando sotto il concetto generale di doversi i demani quotizzare in favore de' cittadini sempreché fossero coltivabili, ovvero di non assoluta necessità per i bisogni della pastorizia.

In vista di tale stato di diritto si sono determinate due correnti d'idee. — Alcuni togliendo esempio dalle regioni più alte d'Italia, bramerebbero veder distrutti i demani, provvedendosi alle necessità della pastorizia coi prati. Altri non sanno persuadersi come le brulle montagne, i luoghi rocciosi, le terre minacciate da frane potessero facilmente coltivarsi, e come si potesse a buon diritto sostituire largamente la proprietà indi-

---

(1) LAURENT, *Princ. de dr. civ.*, p. 458, tom. XIV, p. 620, cod.

(2) Confr. in generale intorno alla interpretazione in rapporto alle sostituzioni, PACIFICI-MAZZONI, *Delle successioni*, III, p. 413 e segg.; AUBRY e RAU, § 694: DURANTON, III, § ,8.

viduale alla collettiva. L'economia politica da un lato, e la ragion civile dall'altro sono scese in campo chiuso, per la prevalenza dell'un sistema sull'altro. Noi crediamo che ove si guardino le differenze de' luoghi e de' climi, nè si pongano da lato i cresciuti bisogni della novella civiltà, potrebbonsi agevolmente cansare le esagerazioni e gli estremi.

Il Governo si è fatto a studiare il problema ed a raccogliere dati statistici in buon numero, nello intendimento di *disciplinare mercè appositi regolamenti l'esercizio degli usi civici.* Ha fatto quindi indagini sulla estensione totale de' terreni soggetti a codesti usi, distinguendo i saldi da' boscosi, e cercando le ragioni per le quali si dovettero vincolare, non senza portare attento esame sulla convenienza o meno di proscioglierli da ogni vincolo.

Gravi sono gl'interessi che vengono ora in lotta. Ma noi togliendone soltanto occasione alla presente scrittura dichiariamo non esser nostro intendimento trattare la quistione economico-politica della conservazione dei pubblici pascoli. Chi volesse studiarla a fondo potrebbe con successo ricorrere agli scrittori che ne hanno formato obbietto speciale dei loro studi. Egli è certo che anche dopo la legge 10 aprile 1854 sull'abolizione degli *ademprivi* di Sardegna, e dopo che gli economisti hanno ragionato tanto sui danni delle proprietà comuni, il nostro legislatore non seppe cancellare con un tratto di penna tutto un passato, e con l'articolo 682 del codice civile, modellato sull'articolo 563 del codice Albertino, in aggiunta all'articolo 648 del codice francese e 570 delle Leggi napoletane, ammise la possibilità della coatta comunione del pascolo, ove concorrano gravi motivi di utilità generale del comune in cui sono situati i beni. E benchè nella seduta del 9 maggio 1865 il commissario Mancini avesse protestato contro questa violazione della libertà dei fondi, la Commissione coordinatrice mantenne l'articolo pel principio dell'interesse pubblico da cui è vinto il privato. Esempio indimenticabile di temperanza legislativa, che mentre enuncia alcune idee di ordine generale riconosce la possibilità delle eccezioni. Noi non aggiungeremo altro, poichè lo *scopo* di questa scrittura è diverso dalla *occasione;* intendiamo svolgere *il sistema giuridico dei demani e degli usi civici.* Accennatane la importanza politica, ci soffermeremo più lungamente ad esaminare la natura e l'origine, non senza intrattenerci sull'ordinamento speciale dei giudizii che vi si riferiscono e sulle questioni pratiche ond'è resa irta di difficoltà questa parte speciale della legislazione del mezzogiorno d'Italia.

§ 1. — *Utilità della conservazione delle terre demaniali.*

Come sorsero gli usi civici: formano un contrapposto alla signoria feudale. — Quotizzazione dei demanii: vantaggi che ne derivano: si accenna alle conseguenze dannose della vendita e della locazione. — Spirito trasformatore del secolo XIX: gli eccessi sono sempre viziosi: lo scopo de' demanii in rapporto alla quotizzazione e conservazione, studiato nella loro natura ed in diverse fonti di diritto. — Come si può provvedere a' bisogni del Comune senza distruggersi i boschi: della *fida.* — In quali casi eccezionalmente si può ricorrere all'alienazione o locazione.

Gli usi civici sorsero, almeno presso noi, come un contrapposto alla potenza feudale. Quando tutte le terre appartenevano al barone, e la vita dei cittadini dipendeva dal suo volere per guisa che gli era dato costringerli ad esulare o morire di fame, sorse il benefico istituto degli usi sulle terre concedute al signore, e fu detto non esser presumibile che le proprietà le quali prima erano de' cittadini avessero dovuto esser loro tolte, fino al punto di lasciarli privi di un modesto sostentamento. L'articolo 11 delle celebri istruzioni del 10 marzo 1810, intendendo a classificare gli usi, contiene questa enunciazione storicamente profonda, *o si vogliono sui principii generali riguardare come riserve più o meno estese del dominio che le popolazioni rappresentavano sulle terre, o come riserve apposte dal concedente per conservare alle popolazioni stesse il mezzo di sussistere.* Se codesto sistema non fosse sorto, indubitatamente la sorte dei cittadini sarebbe stata assai deplorevole. E se ora si volesse seguire la scarmigliata tendenza a distruggere tutti i boschi, e porli in vendita per gettare sul mercato una gran massa di beni, risorgerebbe il feudalismo senza contrapposto di sorta, senza garantia per parte de' cittadini; e tanto più deplorevole, per quanto rafforzato dal principio pieno della proprietà privata, senza legame di soggezione al sovrano, senza i vincoli della concessione e del ritorno. Nè la vendita a piccoli lotti darebbe a bene sperare, perchè il corso delle fortune umane è sempre questo. Un ricco proprietario si tira dietro man mano le minori estensioni che circondano i suoi poderi; qui con le lusinghe, là con le minaccie, in un altro luogo con le prepotenze ed abusi dei proprii castaldi, altrove con permute, in altro punto con altri argomenti, giunge a costituirsi il feudo. Non si deve dimenticare che l'aristocrazia è un fatto naturale: benchè in alcune società sia disciplinata dalle leggi, in altre è abbandonata alla spontaneità de' cittadini; e quando non esiste di diritto, rimane di fatto ne' costumi. In tutti i tempi ed in tutte le nazioni si può trovare la riprova di questo vero. E quando i boschi son capitati nelle mani di un solo proprietario che domina il luogo, sia per vendita consentita direttamente dal

Comune, sia per vendite successive fatte dai diversi acquirenti de' lotti delle possessioni comunali, *nessun riparo vi può far la gente*. Se si ha bisogno di legne o di pascolo, riesce impossibile avere le une e l'altro a prezzo minore di quanto vorrà pretendere il ricco feudatario, e lo squallore della miseria affliggerà le minute popolazioni. Non si dimentichi l'altra profonda verità che gli estremi si toccano, e la esagerazione delle idee di un tempo mena diffilato ai disastri deplorati in un altro.

Noi non diremo già che i terreni demaniali debbano rimanere del continuo nello stato in cui si trovano, nè che il Comune debba essere inabilitato a ritrarne copiosi vantaggi per la viabilità, per le pubbliche costruzioni, per la istruzione comunale. Tutto questo si ottiene col sistema della quotizzazione, di che avemmo esempi ne' secoli passati, e segnatamente verso la fine del secolo XVIII che forse è il periodo meno esplorato della nostra storia, e che anticipò i maggiori progressi di cui poscia venne superbendo la rivoluzione francese in tutto il suo utile, ma burbanzoso cammino.

Nelle politiche turbolenze del 1848 e 1860 si sono veduti i contadini accorrere a' boschi, devastarli ed occuparne una parte. Talvolta fu impeto cieco di popolo, tal'altra insinuazione di demagoghi, e tal fiata scaltrimento di governo per impaurire la parte agiata delle città e distrarla da' movimenti politici. È utile, quindi, si è detto spesso, togliere onninamente i demani, per non dare pretesto alle masse. E noi diciamo che la quotizzazione riesce un rimedio eroico. Ma le terre che non sono atte alla coltura, nè vengono desiderate da' proletari, nè valgono a sollevarli dal misero stato che spesso li incalza al delitto. Dare all'agricoltura il terreno coltivabile è ben diversa cosa che il distruggere affatto la proprietà demaniale.

La quotizzazione serve a convertire gli usi civici in proprietà piena, affinchè quel cittadino che dovrebbe esercitare *pro indiviso* l'uso del pascolo e delle legne, in proporzione dei suoi limitati bisogni, se ne provveda direttamente ed in modo più pieno sopra più angusta estensione. Quel che perde in estensione acquista in intensità. Sorge d'altra parte il sentimento del diritto di proprietà, la moralità del lavoro, la potenza della produzione, e come conseguenza certa l'indipendenza del carattere. In tal modo il feudalismo rimane combattuto più strenuamente, e quasi direi ad armi corte. Dichiarate le quote inalienabili per un tempo più o meno lungo (le leggi attuali stabiliscono il periodo di un ventennio) sotto pena di devoluzione del fondo al Comune, torna impossibile l'accentramento delle proprietà nelle mani di un solo, e con esso il risorgere del feudalismo di fatto.

Ma come può l'amministrazione del Comune raccorre i mezzi necessari per provvedere agli urgenti bisogni della novella civiltà? Accade spesso che un Municipio non ha altri beni che demaniali, o quelli patrimoniali sono scarsissimi. In tal caso

alcuni consigliano la vendita, altri pongono innanzi il progetto della locazione. Dei danni della prima abbiamo toccato; sulla seconda notiamo di volo che le conseguenze non sarebbero liete gran fatto, perocchè dopo i primi anni di affitto la terra si trova spoglia dei suoi elementi vegetativi, e non vi sarà alcuno il quale farà pensiero di torla in conduzione, mentre la pastorizia si troverà aver avuto un colpo mortale, da cui non sarà più per risorgere; e non sappiamo come possa sorreggersi l'agricoltura senza il sussidio degli armenti, come distrutti i beni demaniali, si possa satisfare agli altri bisogni del vivere civile. Il rimedio più semplice è questo.

Nel procedersi alla quotizzazione mediante il pagamento di un canone, si può questo proporzionare a' bisogni del Comune ed alla forza produttiva del terreno. Pei primi anni sarà il canone più alto, poniamo per dieci anni, come mi è noto essersi fatto lodevolmente in alcuni Comuni; per gli altri, più basso. In tal guisa si raccolgono tutti i vantaggi della vendita e della locazione, senza risentirsene i danni. Non si concentrano tutti i terreni in una sola mano od in poche, si forma una classe estesa di modesti proprietari, il danaro non si sperpera in una volta (stabilendosi invece una rendita continua pel Comune) si può escogitare una combinazione commerciale di prestito con qualche istituto di credito e destinare al pagamento delle quote annuali di rimborso i canoni che si riscuotono sulle quote. Così dopo molti anni si trova il debito estinto, soddisfatti gli altri bisogni della popolazione, incolume la rendita.

Nella vita dei popoli si devono evitare le esagerazioni ed esorbitanze de' principii non altrimenti che nel moversi giuridico dell'individuo. Il progresso è un ascender continuo, ma per gradi e lentamente, non con violenza di scosse o per salti; per opposto le idee si lasciano dietro l'umanità, diversi interessi legittimi restano immolati al desiderio delle novità, e gravi danni si soffrono per ogni verso. Quindi la lotta che il secolo decimonono ha indetta alle istituzioni antiche deve tenersi lontana da esagerati o baldanzosi trascorrimenti. Il nostro secolo a buon diritto si dice *della lotta economica e liberale;* onde abbiam visto sfasciarsi molte antiche istituzioni, cadere il feudalismo, distruggersi le mani morte, sciogliersi le promiscuità, sopprimersi gli enti ecclesiastici, convertirsene i beni, darsi un potente impulso al commercio. La lotta è *eversiva* degli ordini e *convertitrice* de' beni; è *trasformatrice* della società, e codesta trasformazione avviene per *eversione* e *conversione. Evertendosi* il feudalismo, venne dato ai Comuni il compenso degli usi civici in natura, e fu questa una *conversione*; con la *eversione* delia chiese ricettizie furono *convertite* le rendite in assegnamenti e carico del fondo pel culto, ed in favore de' partecipanti e dei Comuni, con obbligo di dotare le fabbricerie o dar la congrua al parroco: con la *eversione* delle manomorte che diconsi Vescovadi, Arcivescovadi e Collegiate dal lato della proprietà

stabile o mobiliare ne furono *convertiti* i beni; iscrivendosi una giusta rendita in favore di codesti corpi morali.

Ma nel fervore della lotta non si pensò, nè potevasi pensare a distruggere tutto. In quanto alla proprietà de' Comuni non fu possibile attuarsi a fondo i concetti eversivi, perchè si sarebbe distrutto il principal fondamento dello Stato. Fu perciò nel loro interesse economico attuata parzialmente la teorica della conversione degli usi civici. Non si poteano questi distruggere, perchè se son venute meno le ragioni storiche per cui sorsero, le necessità della vita onde rimangono giustificati dureranno per quanto il tempo lontana. Vi è stato un parziale ritorno al concetto romano, agli *agri vectigales* (benchè questi erano d'indole patrimoniale), e si è detto che i demani vanno quotizzati convertendosi gli usi civici in possesso diretto di una quota. Ma ciò intendesi per l'ipotesi in che a' cittadini rimanga tanto che basti *ne vitam inertem ducerent*. Ed è atto di politica governativa esaminare quali beni demaniali debbano convertirsi in possedimenti privati, a quali condizioni vi si possa procedere, e quali fondi debbano tuttavia rimanere destinati agli usi civici. Ecco perchè la istanza del Comune è volta al prefetto, e costui dopo aver esaminato lo stato delle cose, ordina la quotizzazione che deve essere approvata dal re.

Quando di una cosa voglionsi guardare i rapporti esterni e formali, senza por mente al suo contenuto, come si farebbe di una concezione vuota, non si può non cadere in errore. Il contenuto giuridico delle cose è lo scopo a cui sono volte: chi le considera complessivamente nella loro natura intima, nella destinazione, nella vita stessa, ed in ciò che forma la loro individualità, non può lasciarsi trascinare a concezioni vuote prive di ricchezza interna e contradditorie.

De' beni demaniali tutti i cittadini hanno l'uso; la proprietà risiede nella imperitura personalità del municipio e della nazione. Ma per municipio e nazione non vogliamo solo intendere le generazioni presenti; vi vanno comprese anche le venture.

Il passato, il presente, l'avvenire di un popolo formano la nazione; e siccome questa non può suicidarsi, risolversi ed abdicare alla propria personalità, non può tampoco privarsi de' mezzi di sussistenza. Le strade, i fiumi, i porti, i demani sono della universalità de' cittadini; le generazioni viventi non possono privarne le venture, così nell'uso come nella proprietà; esse formano una parte della nazione, ma non la totalità. Ed è di qui che non possono disporre di quei beni che eccedono la sfera giuridica dei loro diritti; beni che vanno destinati all'uso di tutte le generazioni. Il patrimonio dello Stato o del Comune è di tutt'altra natura, ed ha diversità di contenuto, perchè diverso è lo scopo cui mira: esso va amministrato nell'interesse della persona morale; non sono tutti i cittadini che ne godono direttamente. E poichè la sua natura non è diretta a soddisfare i bisogni di tutti i cittadini presenti ed avvenire, può la gene-

razione presente immutarne la destinazione, venderlo ed impiegarne altrimenti il retratto; nella maniera che il padre può usare de' suoi beni a piacimento e privarne anche i figli, ma orbarli di quelle cose che sono d'indeclinabile necessità, e formano la vita stessa, non può giammai.

Il primo esempio di quotizzazione de' terreni demaniali nel Napoletano fu dato da Ferdinando IV, come dalla prammatica 24 *de administratione universitatum* del 23 febbraio 1792. In essa fu detto che mentre i demani dell'università si dovevano dividere ai cittadini poveri « *quelli che siano addetti al pascolo saranno ripartiti tra i possessori degli armenti...* » Furono quindi assegnate le norme per la conservazione de' boschi e luoghi macchiosi, stabilendosi persino il numero delle piante da doversi tenere in ciascun tomolo (1).

Si vollero conservare i boschi pel favore della pastorizia, ma pure col concetto della quotizzazione a pro degli armentisti. Più tardi fu osservato che un breve tratto di terreno a costoro assegnato non poteva tornare di gran giovamento, perchè gli animali hanno bisogno di larghe pasture, di lunghe distese di erbaggi. Quindi venne tolta del tutto la possibilità della divisione, e il decreto 3 decembre 1808 stabilì con gli articoli 1 e 2 « che « tutte le terre demaniali del regno dovranno essere divise... « eccettuate quelle la divisione delle quali è coi seguenti articoli riservata all'esame del nostro Consiglio di Stato.... È riservata all'esame del nostro Consiglio di Stato, ed alla nostra « approvazione, la divisione fra i cittadini *di tutti i boschi comunali*, delle montagne comunali che abbiano una inclina- « zione tale da escludere la coltura, ecc. » (2). Con l'art. 20 dello stesso decreto fu disposta la divisione di tutte le terre comunali in due classi, comprendendosi nella prima le terre coltivabili ed esposte alla quotizzazione « nella seconda i boschi, le « terre inondate e lamose, e le falde troppo erte de' monti. Queste saranno misurate e descritte con tutte le loro circostanze « ed accidenti di località, affinchè su queste notizie possano gli « Intendenti acquistare un'idea esatta de' boschi delle rispettive « provincie, proporre gli espedienti per la bonifica delle terre « inondate, dettare le precauzioni colle quali possono assoggettarsi a divisione le terre lamose, *e riservare finalmente al « demanio quelle sole che per la loro natura sono incapaci di*

---

(1) GIUSTINIANI, *Nuova collezione delle prammatiche* tom. I, pag. 303. Prima ne aveva dato l'esempio Maria Teresa in Lombardia con patente del 13 novembre 1772, e Pietro Leopoldo in Toscana coi decreti 2 giugno 1777 e 28 agosto 1778 (PERTILE, *Storia del diritto italiano*, Vol. 3, § 97, nota 63). I tempi però non erano propizii, e vi fu uopo dello spirito trasformatore del secolo XIX (V. JACINI, *La proprietà fondiaria e le popolazioni agricole in lombardia*, pag. 153 e segg. Milano 1854).

(2) *Supplemento alle leggi civili*, pag. 490

« *dominio privato* » (1). Ed incapaci di dominio privato furon detti i boschi con le circolari del 15 e 22 aprile 1809. Con le quali, parlandosi delle difese riservate al solo pascolo degli animali addetti all'agricoltura, fu spiegato in seguito a parere della Commissione per la divisione de' demani, di *non doversi soggettare alla esecuzione della legge, la quale ha per principale oggetto l'aumento dell'agricoltura e non vuole distruggere i mezzi di sostenerla* (2). Più formale è il divieto che si legge nell'art. 188 della legge 12 dicembre 1816 « le terre demaniali addette all'uso civico di pascolo dovranno essere sempre riservate a questo uso ». Che sarebbe infatti dell'agricoltura se i bovi ed altri animali che le son necessarii mancassero? Gli articoli 59, 60 e 61 del decreto 3 luglio 1861 dispongono così; « Art. 59. Pei *demanii boscosi* i commissarii non quotizzeranno « che quella sola parte di essi che potrà dissodarsi senza ve« runa specie di danno delle terre più basse, e *de' bisogni es« senziali delle popolazioni. Per le parti dissodabili de' demani « boscosi*, prima di procedere alla quotizzazione, chiameranno « inoltre i Consigli comunali a dichiarare, e per ogni altra via « procureranno convincersi, se la coltura boschiva, che vi è « stabilita, possa *distruggersi senza pubblico danno.* Art. 60. « Per le terre riserbate all'uso civico del pascolo, chiameranno « similmente i Consigli comunali a dare avviso, e prenderanno « le più accurate indagini per sapere se, e in quanta parte « possono venire sottratte alla detta destinazione, e quotizze« ranno quelle soltanto, le quali potranno coltivarsi senza danno « della pastorizia. Art. 61. Di tutti i demani che, o per essere « riserbati nello stato boscoso, o *per dover rimanere addetti « all'uso civico del pascolo,* o per altre considerazioni saranno « esclusi dalla quotizzazioue, i Commissari cureranno che sia « fatta, se manchi, esatta designazione in apposite piante e

---

(1) *Supplemento alle leggi civili*, pag. 504. Parrebbe che il WAGNER avesse tenuta presente questa disposizione allorchè scrisse: « La terra appartenente al Co« mune si può distinguere *in due grandi classi*, le quali si mantennero così di« stinte per lunghissimo tempo. *La prima classe* comprende i campi e i prati, la « *seconda* i pascoli e i boschi, e con essa la caccia e la pesca; il terreno com« preso nella prima classe viene diviso per la coltivazione in parti eguali fra i « membri della comunità; questa divisione non è sempre definitiva da principio, « ma si rinnova a periodo; a poco a poco però la divisione si fa meno frequente « finchè cessa, restando ogni podere in proprietà limitata o piena del possessore. « I pascoli e i boschi mantengonsi *invece indivisi*, e rimangono in uso comune, fin « a quando cresciuta ed allargatasi la coltura intensiva nei più alti stadi di civiltà « restano soli e quasi esclusivamente i boschi in proprietà comune, e vengono a « costituire una vera eccezione, la quale mantiensi tutta od in buona parte, anche « negli Stati civili di Europa, non essendo necessario per la speciale economia « della coltura dei boschi, anzi per molti rispetti non essendo nemmeno desidera« bile il passaggio dei terreni boschivi dalla proprietà comune, o da quella dello « Stato, e dei Comuni (comunque ne sia regolato il godimento) alla proprietà dei « privati ». (V. *Archivio Giuridico,* vol. 17 pag. 23)

(2) Supplemento, *ivi, ivi.*

« rapporti che servano di futuro documento della loro presente « estensione, continenza e confini ».

Di qui si vede che non ogni terra demaniale dev'essere quotizzata; che il vantaggio dell'agricoltore non puo ottenersi col danno della pastorizia, le quali come disse un antico scrittore, sono le due grandi mammelle dello Stato; che il diritto al pascolo deve essere garantito: che i boschi non si debbono dissodare quando vi è legato un interesse gravissimo dei cittadini.

Per ultimo notiamo che queste idee ricevettero una splendida conferma dal Consiglio di Stato a sezioni riunite, in occasione che fu chiamato a risolvere il dubbio se i terreni demaniali si potessero alienare. Fu risposto affermativamente, ma nel solo caso che non fossero necessarii agli esercizi degli usi civici. Persino il re, il cui assentimento è indispensabile alla validità della vendita, deve rispettare i *iura civitatis* (1).

Si volga il pensiero a quei comunelli ove si fa vita sparuta e meschina. Togliete al ricco mandriano i boschi e lo avrete immiserito. Negate al povero contadino di tenere una vacca, due

---

(1) Firenze 29 settembre 1869.

Essendo giunte a questo Ministero diverse proposte per la vendita di terre demaniali comunali, io credetti opportuno d'invitare il Consiglio di Stato ad emettere il suo avviso a sezioni riunite, circa il dubbio insorto se fossero in determinati casi alienabili quelle terre.

In adunanza del 27 agosto p. p. il Consiglio di Stato, Sezione dell'interno, ha principalmente considerato in proposito che le terre demaniali comunali rientrano naturalmente nelle condizioni comuni a tutti i beni comunali, ove fosse assolutamente impossibile quotizzarle e non *fosse necessario riserbarle all'esercizio legittimo degli usi civici.*

Ha però osservato che, per guarentire quei beni al fine cui vennero destinati, sia necessario che venga riconosciuta preventivamente la loro alienabilità dalla Autorità Sovrana, correntemente al sistema invalso presso il cessato Regno delle Due Sicilie ed ha osservato che a potersi riguardare un fondo demaniale comunale come assolutamente non suscettivo di essere quotizzato, debbono prima essere adempiti i provvidi temperamenti stabiliti dall'art. 64 delle istruzioni approvate col decreto luogotenenziale del 3 luglio 1861.

Quindi ha emesso l'avviso:

« Che le terre demaniali comunali delle provincie meridionali possono essere « alienate mediante l'adempimento delle forme ed imcombenti prescritti dalla « legge comunale e provinciale delli 20 marzo 1865, e previo decreto reale col « quale sia stata riconosciuta la loro alienabilità.

« Che però prima di acconsentire a tali alienazioni, *importi di accertare che « torni affatto impossibile la quotizzazione di esse terre,* pur usando dei tempera- « menti stabiliti con l'art. 64 delle istruzioni annesse al decreto delli 3 luglio 1861, « *e che inoltre sia riconosciuto che quelle terre non sono necessarie per il legit- « timo esercizio degli usi civici.*

« In adunanza generale il dì 28 agosto 1869 il Consiglio di Stato ha adottato « il suddetto avviso.

« Questo Ministero concorda con l'avviso medesimo del Consiglio di Stato, ed « io ne do comunicazione a V. S. pel relativo adempimento nel caso che alcun « Consiglio comunale deliberi la vendita di qualche fondo demaniale ». — Pel Ministro — Luzzatti.

pecore e pochi suini, e gli avrete tolto il sostentamento. Proibite alla donnicciuola di recarsi al bosco per farsi un fascio di legna e venderlo, e l'avrete privata del pane. All'ente comune è sufficiente avere beni patrimoniali per impiegarne utilmente le rendite; a' singoli cittadini la cui risultante forma il comune, sono indispensabili quei mezzi di vita.

Non potendosi dubitare del principio filosofico che la persona si compie nella proprietà, ordinandola ai suoi fini razionali ed approfittandosene per la conservazione, egli è chiaro che questo principio nella sua ricca e feconda evoluzione giustifica mirabilmente la nostra tesi. Il popolo non si compone soltanto di piccoli agricoltori. Vi è la media agiatezza; vi sono i ricchi proprietari di armenti, e gli umili possessori di poche bestie. Quando si è già provveduto ai bisogni della piccola agricoltura con una estesa quotizzazione, rialzandosi la dignità morale e civile del proletario, già una classe della società si è completata nella possidenza. O che si vorranno dividere sempre i beni? Non potendo i quotisti alienare per un ventennio le quote, la loro condizione è assicurata. Rimane un'altra classe, ed è quella degli armentisti. Volle il legislatore non degnarla di alcuna considerazione? Vorrà l'autorità politica gettarsene dopo le spalle i più legittimi interessi? Rammentiamo che il popolo non si compone soltanto di poveri, che l'agricoltura senza la pastorizia risponde troppo miseramente ai bisogni della società; che il movimento economico delle ricchezze procede parallelo con la grande agricoltura, mentre la piccola non produce gli stessi vantaggi, se non col sistema di associazione; che soddisfatti i desiderati della classe agricola, compiendosene la personalità e rendendola morale per dignità di lavoro, conviene compiere la personalità di un'altra classe di cittadini, con assicurare loro il godimento dei boschi per la industria degli armenti.

Ma, ridomandiamo, se l'amministrazione comunale abbisogna di danaro, le sarà vietato ritrarlo ad ogni costo dai beni comunali? Ponete che si abbia il bisogno di fare pubbliche spese, che i balzelli sieno esorbitanti, che i terreni non sieno coltivabili, o che per soverchia distanza dalla città non vengano desiderati dalla classe agricola, quale espediente tornerà utile alla universalità dei cittadini, organicamente rappresentati dall'amministrazione comunale?

La prudenza amministrativa dei nostri maggiori ci apprende l'uso della *fida*, cioè il pagamento di un correspettivo del pascolo, e che non altera la natura giuridica *degli usi civici*. Ricordiamo quello che scrisse il sovrano ingegno del De Luca, che quantunque gli usi civici non si possano affatto negare od impedire, qualche volta si è permesso per pubbliche necessità imporvi la fida, *ubi ad consulendum publicis oneribus, et necessitatibus alio commodiori modo deficente congruum, et rationabile reputetur aliquam territorii partem restringere, vel prohibere, ut ita ex pretio illorum pascuorum exteris, vel*

eisdem civibus vendendorum, dictis necessitatibus consulatur et tunc publica causa praefertur privatae (1).

Il *De Franchis* rammenta una lite sostenuta da diversi proprietari di bovi della terra di Eboli contro quella Università per la vendita dell'erba di una difesa, e ragionandovi sopra conformemente alla sua generale dottrina, distingue le *difese* dai *beni demaniali,* ritenendo che su quelle può costituirsi la fida col voto della maggioranza, ma su questi vi è uopo del voto di tutti od almeno della niuna opposizione (2).

Il Maffei scrive che se vi fosse una parte dei redditi eccedente il bisogno de' cittadini, la si potrebbe *fidare,* aggiungendo che in tal caso la *fida* spetta al barone se si esige sui demani feudali, ed al Comune se sui comunali:

Hoc vero interest inter demania Universitatis, et demania Baronis, quod si quid ex uso civico superest, quod aliis locari possit, quod vulgo fidare dicunt; in illis id juris ad Universitatem spectet, in his ad Baronem (3).

L'art. 14 delle istruzioni del 10 marzo 1810, parlando della terza classe degli usi civici su' demani baronali, prevede il caso di essersi costantemente seminato grano o marzatici senza corrisposta, o *con una così visibilmente tenue che mostri di essere una semplice ricognizione della signoria feudale.* Come dunque la tenue mercede non distrugge il diritto civico sui feudi, così non può distruggerlo su' demani comunali. E d'altra parte lo stesso articolo suppone che il barone potè stabilire una fida sopra i suoi demani facendone parte a' cittadini. Quindi, diremo noi, se sopra il feudo poteva essere la fida senza lesione degli usi civici, perchè non si potrebbe stabilire su' demani del Comune?

Ma ciò che era professato dalla dottrina, in vista delle gravi necessità in cui si poteva trovare il Comune, per quello che superasse i bisogni dei singoli cittadini, e che per argomento d'induzione si deduceva logicamente dall'art. 14 delle istruzioni, fu più tardi formolato nettamente dagli articoli 188 e 190 della legge 12 dicembre 1816, così concepiti: « Le terre « demaniali addette all'uso civico di pascolo, *dovranno essere « sempre riservate a quest'uso, a cui potrà in verun caso de- « rogarsi colla vendita in massima dell'erba.* Su queste terre « compete al Comune *il diritto di fida,* sia per supplire alle « spese comunali, sia per pagare la fondiaria imposta sulle terre « medesime, colle modificazioni prescritte ne' seguenti articoli.

« Art. 190. I Comuni che hanno sufficienti rendite patrimo- « niali per pagare la fondiaria delle terre riservate all'uso ci-

---

(1) De Luca, *de servitutibus,* disc. 41, n. 8.
(2) De Franchis, *decisio* 187.
(3) Maffei, *juris civilis institutiones,* Lib. 3 Cap. 7.

« vico, non possono esigere fida dal possessore di animali gre-
« gari sino al numero di dieci piccoli ed uno grande.

« Quelli che mancano di tali rendite nello stabilire il diritto
« di fida non possono tassare il detto possessore più della metà
« della fida imposta al possessore d'industria maggiore ».

Esauriti tutti codesti mezzi, se la quotizzazione non fosse possibile per la qualità o distanza dei terreni, se gli armentisti non consentissero pagare la fida, per non aver bisogno dei pubblici pascoli o questa riescisse inferiore ai gravi bisogni del Comune, allora soltanto si potrebbe ricorrere con successo e giustizia all'alienazione od anche alla locazione; ma con tutte le garantie, che il nostro legislatore ha proclamate. Non diciamo già che i beni demaniali universali sieno assolutamente inalienabili. Questo non dissero mai i nostri maggiori; questo non possiamo dire noi. Anticamente si richiedeva il consenso di tutti i cittadini raccolti a suono di campana, e per evitarsi le frodi, anche l'assentimento regio. Così disponevano le antiche prammatiche le quali formano tuttavia diritto vigente per le province meridionali. L'art. 3 del decreto 3 dicembre 1808, ordinava *doversi rispettare le difese ex feudali chiuse per tutto il corso dell'anno e legittimamente costituite a tenore delle antiche leggi del Regno*. Queste antiche leggi erano le prammatiche; le quali non pure non sono state espressamente abolite, ma costituiscono il fondamento storico di questa parte del nostro diritto.

Oggidì non potendosi assembrare tutti i cittadini in un solo volere, altro procedimento vuolsi serbare. Siccome abbiamo accennato, in tali casi il Consiglio comunale delibera doversi procedere all'alienazione, il prefetto nella qualità di commissario demaniale investiga le necessità economiche dei cittadini e dell'ente comune, la deputazione provinciale d'altra parte toglie ad esame la proposta, ne viene indi riferito al Minisitero degli affari interni e provocata l'autorizzazione regia. Innanzi a queste diverse autorità i privati cittadini possono far pervenire le loro rimostranze qualora la determinazione consiliare venga a distruggere interessi più seri, sì per la pastorizia, sì per l'agricoltura, ed ove la proposta non è respinta, si determina per accantonamento un tratto di demanio, per l'esercizio inalterato degli usi civici. In tal guisa allorchè non si può provvedere alle finanze stremate del Comune, e la quotizzazione diventa impossibile per la natura e distanza dei terreni, con queste supreme garantie si concilia tutto, senza distruggere completamente gli usi essenziali alla vita.

E basti della destinazione economica di cotali beni. Tocchiamo adesso della loro natura giuridica e dei diritti che i cittadini vi rappresentano.

§ II. — *Natura dei beni demaniali.*

Differenza tra i beni *patrimoniali, demaniali comuni* e *demaniali pubblici.* — Caratteri della demanialità: prove onde risulta. — Delle *difese:* si dimostra come queste, se sono legalmente costituite, escludono il demanio; ma la sola parola non fa argomentare la detta esclusione.

Gli articoli 482 codice civile e 112 della legge comunale e provinciale si sono spesso invocati in questa materia; ma non temiamo ingannarci se diciamo che vi stanno come gennaio con le more (1). Spesso ancora i beni che diconsi propriamente *demaniali* sono stati confusi con altri, eziandio destinati all'uso pubblico, ma che pur se ne discostano immensamente per natura, scopo e garantie legali. Se si ricorre agli scrittori stranieri, od anche a quelli della parte superiore d'Italia, non se ne possono trarre concetti chiari e precisi. Questa parte del diritto comunale non si può bene attingere che nelle fonti giuridiche del Napoletano, ove la giurisprudenza attese costantemente ad attenuare i danni del feudalismo, a combattere le sue prepotenze, a rialzare il diritto de' popoli. Nei Comuni dell'alta e media Italia il feudalismo cadde di buon'ora come potenza civile e politica, perchè la borghesia sorse da sè a vincerlo colla potenza del lavoro e del commercio; ma i Comuni della parte meridionale non si poterono levare contro la forza del Re che, per beneficare i suoi fedeli, tenne lungamente a carezzare il feudalismo. I Re stranieri che si disputarono del continuo il possesso del Reame, fecero a gara nel concedere feudi e diritti fondati sulla forza. In tanta iattura e depressione dei popoli rimase sola la giurisprudenza a lottare contro gli ordini feudali e, non potendo vincerli direttamente, fece loro una guerra coperta nel campo de' diritti; e poichè è sempre vero che ove il bisogno aguzza la mente, i trovati sono peregrini, avvenne che gravi opere giuridiche furono spesso pubblicate. Le allegazioni degli avvocati napoletani rimangono tuttavia monumenti di sapienza civile e storica cui non si saprebbe trovare il paragone nelle scritture di altrove. Le opere del De Franchis, Capobianco, De Afflictis, Novario, Turboli ed altri moltissimi sono piene di giudiziose osservazioni sulla natura dei diritti de' popoli.

Noi quindi chiuderemo un occhio su quanto fu scritto fuori del Napoletano, e diremo che i beni del Comune si dividono in tre sorte. Alcuni son destinati all'uso de' cittadini e forestieri come le strade, le piazze, i teatri, le chiese, le fontane, e si

(1) V. De Sterlich, *Annot. alla L. comunale*, pag. 588.

appellano *demanio pubblico comunale.* Altri servono all'uso del pascolo e del recider legna, e tolgono la denominazione di *demani universali.* Altri finalmente sono privati e diconsi *patrimoniali.* Questa distinzione non si legge nell'art. 432 del codice civile ove è detto che « i beni delle provincie e dei Comuni « si distinguono in beni di *uso pubblico* ed in beni *patrimo-* « *niali.* La destinazione, il modo e condizioni *dell'uso pubblico,* « e le forme di amministrazione ed alienazione dei beni *pa-* « *trimoniali* sono determinati da leggi speciali ». Però nell'applicazione di questo articolo debbono necessariamente comprendersi soltanto quei beni che fanno parte del *demanio pubblico comunale* e del *patrimonio;* inalienabili i primi, permutabili i secondi. La legge comunale e provinciale statuisce sulle forme dell'amministrazione ed alienazione *del patrimonio.* La legge sulle opere pubbliche regola le garentie, la competenza e le limitazioni dell'uso sul *demanio pubblico.*

Nelle provincie meridionali esistono molte altre leggi e decreti che riflettono il modo del godimento, la quotizzazione ed anche in alcuni casi rarissimi l'alienazione del *demanio universale* su cui i cittadini hanno gli usi civici del pascere, del legnare, del cavar pietre, del raccogliere frutta agresti.

Non c'indugiamo ulteriormente su questa distinzione, la quale fu costantemente professata da' nostri migliori scrittori e di cui porgeremo le prove nel corso della presente scrittura. Soltanto crediamo necessario rammentare i caratteri del *demanio universale* o *comunale,* per distinguerlo dal *patrimonio* che soventi negli atti antichi non sembrano ben chiari.

La demanialità è una qualità inerente al fondo, e il solo uso al quale esso va destinato, può concorrere a farla risultare. Quando dunque per prove irrefragabili si scorga che un predio non fu mai chiuso a determinati usi, la demanialità è già provata. La diuturnità degli usi è la più certa prova della demanialità, e se dubbio potesse rimanervi, diremmo che nel dubbio la si deve presumere, quando è certo che trattandosi di proprietà collettiva come è quella dei Comuni, i quali risultano dall'aggregazione di più individui assembrati per uno scopo comune, la regola è il *demanio,* l'eccezione è il *patrimonio.* Le due prammatiche non mai abbastanza celebrate *de Salario* e *de Baronibus,* pongono codesta presunzione con le parole :*item statuimus quod hominibus civitatum, terrarum et locorum nostri Regni, cum eorum animalibus vel sine, libere uti liceat pascuis vel nemoribus, atque pascendis spicis, aquis et aliis, prout hactenus antiquitus consueverunt.*

Questo dispone la prammatica prima *de Salario* cui fecero degna compagnia le altre due 11.ª e 14.ª *de Baronibus,* con le quali Carlo V, compiendo il concetto di Ferdinando d'Aragona, statuì che la conversione in *patrimonio* o *difesa,* deve risultare dall'espresso consenso de' cittadini. Ecco ribadita la regola che la patrimonialità debb'essere provata enissamente laddove la demanialità si presume.

L'art. 1 del decreto 8 giugno 1807 definisce così il demanio: « Sotto il nome di *demani* o *terreni demaniali* s'intendono « compresi tutti i territori aperti, culti o inculti, qualunque ne « sia il proprietario, sui quali abbian luogo gli usi civici o le « promiscuità ». Perchè dunqne si potesse ritenere la demanialità, egli è uopo guardare due cose: 1.° se si tratta di territorii aperti agli usi civici; 2.° se non osti alcun atto giuridico, il quale li proibisca in qualche parte dell'anno.

Soggiunge l'art. 3 dello stesso decreto: « Non saranno sot« toposte a ripartizione le proprietà che le università, gli ex « baroni e particolari tengono *difese* per certo tempo ad uso « di pascolo o di semina, benchè in altri tempi soggette al « pascolo comune (1) ». Vi possono quindi essere terreni aperti soltanto in alcune parti dell'anno, ma con proibizione di esercitarvisi gli usi nelle altre, e ciò basta a che le si debbano dire *difese*. Onde il ministro Miot con la celebre circolare del 29 agosto 1807, intendendo a dilucidare questo articolo, scrisse così: « Le difese propriamente dette, sono i territorii chiusi in « tutto l'anno, in cui niuno in niun tempo può esercitare di« ritti di usi civici. Ma nei fondi aperti, siano demaniali o no, « i cittadini vi hanno l'esercizio de' diritti comuni quando non « vi sia nè semina, nè frutto pendente. Dovevano adunque di« stinguersi le terre da ripartirsi da quelle non soggette a sif« fatta divisione. E coll'art. 3 si è voluto specialmente provve« dere, indicando l'opportuna distinzione, affine di togliere ogni « dubbio che potesse aver luogo per l'anzidetto esercizio di usi « civici. In fatti i baroni, le chiese, le università, i privati, « hanno delle proprietà di loro assoluta pertinenza, che senza « essere di natura demaniale per la sola ragione di essere « aperte, sono soggette agli usi civici in tempo che non vi è « semina, nè vi pende frutto. Or siffate proprietà sono quelle « appunto, che nelle mani degli ex feudatari si chiamavano « *burgensatiche*, nelle mani dei luoghi ecclesiastici e dei Co« muni si chiamavano *patrimoniali*, nelle mani dei cittadini « appellavansi *allodiali*. Quindi si è voluto dichiarare formal« mente, che i fondi burgensatici degli ex baroni, i patrimo« niali delle chiese e delle università, e gli allodiali de' parti« colari per non essere chiusi trovansi soggetti in certo tempo « dell'anno agli usi comuni, debbano assolutamente andar esenti « dalla ripartizione, non essendo demanii per la sola ragione « di esser esposti ai diritti civili, ma essendo proprietà libere « di coloro, cui appartengono, e di natura diversa affatto dalle « demaniali » (2). Unica indagine a farsi in simil materia è se in tutte le parti dell'anno i cittadini possono trarre a pascolarvi i loro animali ed esercitare altri usi, senza che uomo al

---

(1) *Supplemento alle leggi civili*, pag. 486 e seg.
(2) *Supplementi alle leggi civili*, ivi, ivi.

mondo li potesse impedire. Se in una parte dell'anno l'amministrazione comunale avesse potuto espellerli, ci sarebbe questo un indizio di patrimonialità.

Che altro si domanda perchè si avessero elementi bastevoli a risolvere le contese della demanialità? In che propriamente debba consistere codesta prova fu egregiamente spiegato dalla gran Corte dei Conti, con una sentenza che meritò il plauso del Consiglio di Stato ed il conforto di un rescritto del 1853, nella causa tra Laino ed il Comune di Rivello. In essa si legge che « per assicurare l'esistenza del demanio non si esigono « certo le stesse prove che occorrerebbero a dimostrare il do- « minio privato e patrimoniale in un giudizio ordinario di ri- « vendicazione.

« Lo scopo avuto in mira dalla legge, l'indole stessa della « cosa controversa, l'impossibilità in cui sarebbero la più parte « dei Comuni di fornire un documento scritto originario, esclu- « dono quella necessità bastando all'uopo qualunque elemento « atto a dimostrare che la terra occupata abbia, quando che « sia, fatto parte del demanio comunale. Tali, per esempio, sa- « rebbero gli atti compilati per effetto delle leggi eversive della « feudalità, le antiche verificazioni, le piante che per avventura « esistessero nell'Archivio del Comune, i termini di confine, il « catasto, *le prove testimoniali per l'esercizio degli usi civici*... « Dove per contrario non esiste alcuna delle additate prove del « possesso da parte del Comune, non può darsi corso al giu- « dizio di occupazione ».

Soventi negli atti antichi demaniali si vede usata la parola *difesa*, ed alcuni conchiudono senz'altro alla patrimonialità, poichè questa parola ebbe un significato speciale, nella nostra antica legislazione (1). Essi ragionano ad un dipresso così:

---

(1) Poichè i demani furon sempre aperti agli usi civici, e i baroni talvolta valendosi della forza, ne proibivano l'uso a' cittadini, chiudendoli e facendoli guardare da' loro bravi, il legislatore pensò di buon'ora a frenare codesti abusi. Molti antichi documenti parlano delle *selve* o *foreste* appartenenti a' privati o a' Comuni e su cui il Re venne affermando il suo diritto di regalia circondandole di siepe od anche semplicemente mettendole sotto bando e dichiarandole *chiuse* o *foreste*. Di qui la denominazione di *bandite* ed anche *vizze*, boschi *vizzati* (forse *vietate*). (Vedi PERTILE, *Storia del diritto italiano*, vol. 4.°, pag. 382). E finchè questo si fosse fatto da' Re, la cosa sarebbe stata meno esiziale alle popolazioni; ma come i baroni, i conti e le chiese ne seguirono l'esempio, la legislazione de' Carolingi vi provvide per la prima, *ne ullam forestam noviter instituant; et ubi noviter institutas sine nostra iussione invenerint, dimittere praecipiant* (vedi PERTILE, *ivi*, pag. 383). Molto se ne giovarono i popoli, ma gli abusi non cedevano di leggieri, e papa Onorio nel 1282, statuì: *inhibemus forestas per Regem aut Magnates suae curiae, seu quoscumque ministros in terris fieri privatorum, vel occasione forestarum aliquem in cultura terrarum suarum, seu perceptione fructuum impediri* (PERTILE, *ivi*). Nello stesso anno 1282 (10 giugno) Re Carlo I D'Angiò diede a Napoli un Capitolo o costituzione che comincia con le parole *item boves*, prescrivendo: *et ne novas forestas, nec defensas praedicti magistri forestarii facere possint... et si Justitiarii defensas novas factas alias, quam quae eis per curiam*

quando negli atti una tenuta è denominata *difesa*, consegue chiaro che non è di natura demaniale, e che perciò non si possono ritenere gli usi civici. Ma l'errore si fa manifesto considerandosi, che non dal demanio si argomenta agli usi civici, bensì da questi a quello. Allorchè si disputa sulla natura di u: fondo al quale traggono i cittadini in tutte le parti dell'anno per far legna, pascere ed esercitare altre ragioni di diritti, come da tempo immemorabile, non si deve dire « è incerta la natura « del fondo; non apparisce chiara la sua demanialità; nelle « carte è additata quale patrimonio; dunque gli usi civici non « esistono ». Codesto è un errore, poichè la tesi vera è precisamente l'inversa: « se indubbiamente esistono gli usi civici « in ogni parte dell'anno, e la origine loro si perde nella notte « dei tempi, devesi logicamente conchiudere che il fondo è di « natura demaniale ». Le parole dicono nulla quando è chiaro il fermo delle cose, ed anche qui trova applicazione il dettato dell'art. 1131 del codice civile; doversi indagare, cioè, piuttosto il reale contenuto degli atti, anzichè starsi contenti al senso letterale delle parole. La parola *difesa* nelle fonti e nell'uso ordinario della lingua è sinonima di foresta, con la sola idea aggiunta di riparo dalla devastazione; e di questo noi adduciamo le prove più chiare.

Spesso si è recata all'idioma francese l'origine della parola

---

distinguentur invenerint, eas restituant in pristino statu (*Capitula regni, Neapoli,* 1763, pag. 39). Gli abusi, ciò nulla ostante non vennero meno, e Re Ferdinando d'Aragona con la prammatica prima *de Salario* del 14 dicembre 1483 prescrisse: *Et cum nec Comitibus, nec aliis forestas seu defensas, absque nostra concessione instituere liceat, et quae instituae fuerint dimitti praecipiatur: Statuimus similiter, et jubemus, quod defensae omnes, sive forestae, noviter institutae, quae scilicet antiquitus non sint, ab omnibus, cuiusvis conditionis, dignitatis, gradus et praerogativae, prorsus, et omnino dimittantur. Ita ut liber sit in illis* usus, quibus antea competebat. *Quoniam et si qua super illis instituendis a Nobis concessio forte fuerit obtenta, eam tenore praesentium de nostra scientia revocamus, viribus et efficacia evacuamus: cum nostrae intentionis non fuerit, neque sit, id concedere, quominus suo iure uterentur hi quibus in illis ius antea competebat.* Ma invece di finire la marea degli abusi venne sempre più aumentando, e l'Imperatore Carlo V, nel 1536 con la prammatica 11.ª *de Baronibus* statuì: *Audivimus insuper quamplures Barones et utiles dominos in territoriis ipsarum Universitatum* (demani comunali) *vel communibus* (demani feudali) *novas* defensas sive forestas, aut clausuras facere *per Regni Capitula et Pragmaticas prohibitus; alios etiam, percepimus in territoriis vel nemoribus vassallorum vel communibus culturam agrorum ita occupare et pro suis gregibus, armentis, pascuis, spicis,* glandibus, *adeo immoderate uti ut a cultura, a pascuis et nemoribus propriis, aut communibus pauperes vassalli prohibeantur, in grave, vassallorum et vicinorum communionem forsan vel ius aliquod habentium. Nos salubriter providere volentes, mandamus:* ut in terris cultis, sive incultis, aut nemoribus ipsarum Universitatum (*demani comunali*) aut communibus (*demani feudali, ossia feudi*), Barones ipsi aut alii utiles domini nullas defensas, forestas, seu clausuras facere possint, sine expresso consensu vassallorum, et vicinorum communium forte aut ius aliquod in territoriis seu nemoribus ipsis habentium, et de licentia nostra, aut nostri generalis Vice Regis, *et si quae forte factae sunt, volumus per Officiales nostros Summariae, partibus auditis, provideri de iustitia.*

difesa da *defendre*, proibire, quasi a significazione del concetto che tale si addimandi quella parte della foresta in che è proibito a' cittadini l'esercizio degli usi civici. Ma questa opinione è erronea, perchè porrebbe prima il concetto della proibizione legale, ossia della chiusura agli usi come si legge nelle prammatiche *de Salario* e *de Baronibus*, quando è storicamente vero che la parola *defensa* preesisteva a queste disposizioni legislative. Nè d'altra parte sarebbe necessario ricorrere alla lingua francese per rinvenire il significato proibitivo della parola *defendre* quando Virgilio usò appunto la parola *defendere* per vietare, escludere, scrivendo *solstitium pecori defendite* (1), ed Orazio *defendit aestatem capellis* (2).

Noi pensiamo invece che fin da' tempi antichissimi si tennero sacri i boschi, e non fu lecito distruggerli, perchè servir dovevano all'uso della legna, del pascolo, della caccia.

Si sentiva il bisogno di ripararli e difenderli, nel senso naturalissimo di proteggerli. Ed i latini ebbero la dizione *defensare* per *defendere* (3). Gl'italiani applicarono questo vocabolo al riparo nelle cose: e l'Ariosto cantò:

. . . . . . Sopra una fonte
Che *difendea* dal raggio estivo un monte (4).

La foresta dunque, dovendo esser garentita e *difesa* da' danni, prese il nome di *difesa*, quasi *res defensa*, senza riguardo al suo carattere giuridico, se, cioè, fosse di natura patrimoniale, o demaniale, e dagli scrittori fu adoperato questo vocabolo promiscuamente. Così il Capobianco nel Commento alla prammatica XI *de Baronibus* parla delle difese in cui i cittadini abbiano il diritto di far legna e di menare al pascolo i loro animali. E chi ha uso con le scritture antiche ed ha qualche pratica degli atti demaniali trova spesso applicata la parola difesa a' demani. Anche oggidì in questa parte meridionale d'Italia udiamo frequentemente chiamar difese i boschi, senza che l'una o l'altra parola valga a risvegliare il concetto giuridico degli usi, e nella legge forestale, eccezionalmente in vigore, leggiamo, *tenersi a difesa il bosco*, per semplicemente chiuso e riparato da' danni.

La prova più elegante di quello che noi diciamo desumesi dalla stessa prammatica 1.ª *de salario*; in essa è detto *statuimus et iubemus quod defensae omnes, sive forestae noviter institutae....* Ove la parola *defensa* è adoperata come sinonima di *foresta*. E con la prammatica XI *de Baronibus* fu detto, *man-*

---

(1) VIRGILIO, Egloga 7, v. 47.
(2) ORAZIO, lib. I, *carm.* Ode 17, v. 2.
(3) L. 3. Cod. Theod. *De his qui ad eccles.*
(4) ARIOSTO, *Orlando Furioso*, Canto 26, stanza 2?.

damus....ut nullas defensas, forestas, seu clausuras facere possint. Il concetto adunque che si rileva da queste fonti di diritto è che non si possano chiudere le difese o le foreste agli usi de' cittadini, e che la parola *difesa*, tolta isolatamente, non dice *patrimonio* o *allodio* o *burgense*, più che nol dica la sola parola *foresta* (1). Prende questo significato allorchè vi si aggiunge che sia chiusa a' bisogni essenziali de' cittadini.

La Corte di appello di Potenza con sentenza del 27 giugno tra il Comune di Pisticci ed il marchese Ferrante, ragionò così: « Che non vale a scuotere la precedente conclusione il molto « argomentare del Ferrante sopra il nome di difesa che in più « documenti fu dato alle terre, ond'or si ragiona, quasi elle non « si abbiano per questo a reputar demaniali. La qual cosa sa- « rebbe vera se quella parola fossesi adoperata colà dove sta « scritta nella legittima significazione, cioè postavi per dino- « tare come le terre già dette non fossero nel novero di quelle « che le leggi assoggettarono alla divisione, articolo 3 del De- « creto dei 3 dicembre 1808.

« Dunque impropriamente fur nominate *difese*, essendosi questa « parola adoperata, come assai spesso facevasi in una di quelle « significazioni men che veraci, le quali il regio Procuratore « della commissione feudale ricordò per sua lettera circolare « dei 5 settembre 1810; ed i contraenti chiamaron difese le « terre già dette, affermando ad un'ora che elle eran soggette « agli usi civici. Il simigliante fece Masci Regio Commissario, « nominandole nella ordinanza sua difese, e comandando ad « un'ora che fossero tra cittadini poveri suddivise; siccome quelle « ch'erano demaniali; stolto comandamento s'elle da dovero « fossero state difese. Onde assai chiaro apparisce quanto sia « futile l'obbiezione, e quanto per contrario salda la precedente « conclusione ».

§ III. *Del diritto agli usi civici ed azioni relative.*

Funzione sociale del diritto. — Opporsi all'esorbitanza del potere è necessità logica, etica e sociale. — Indole delle *actiones populares*, con riguardo al diritto vigente. — Art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo. — L'affermazione contenziosa del diritto agli usi civici appartiene al mondo moderno. — Sistema romano e degli antichi municipii d'Italia in relazione ai *bona publica* ed al *patrimonio della città*. — Origine degli usi civici in relazione al feudo, ed estensione fattane sui beni comunali. — Essenziale differenza storico-razionale

(1) Si sa che la dizione *foresta* viene da *fera*, luogo ove riparansi le fiere, e pure i Franchi dicevano *facere forestam* per chiuderla all'uso di tutti. (PERTILE, ivi, nota 40).

tra il *demanio* ed il *patrimonio* del comune: su quello si possono individualmente esercitare le azioni giuridiche per diritto proprio, sull'altro non già. — Si cercano le prove di questa dottrina nelle leggi, nella storia e nelle autorità degli scrittori antichi. — L'art. 176 della legge 12 dicembre 1816 s'informa agli stessi principii. — Come la dottrina degli antichi scrittori ed il contenuto delle celebri prammatiche *De Salario* e *De Baronibus* vadano conciliate con le leggi civili e comunali vigenti.

Stabilita la differenza tra i diversi beni che appartengono al Comune, e ritenuto che ove esistono usi civici ivi è demanio, vuolsi dimostrare qui che, se le autorità amministrative o governative si fanno a disporre de' beni demaniali in danno del diritto dei cittadini, può ciascuno di costoro opporsi giuridicamente. Nè si può dire inammessibile la domanda giudiziale, in vista dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo la quale pone ogni diritto, sì pubblico, sì privato, sotto la salvaguardia della giurisdizione ordinaria.

I cittadini che si sollevano a rivendicare il pieno esercizio degli usi civici fanno opera civile e di buoni padri di famiglia; difendono gl'interessi proprii e quelli del paese ove nacquero; esercitano non pure un diritto ma un dovere, perocchè è verissimo il detto dell'Ihering che l'opposizione contro l'ingiustizia costituisce un dovere della persona verso sè stessa e verso la società (1).

Il cittadino cui vengono tolti gli usi civici con una illegale determinazione amministrativa è obbligato a promuovere la tutela innanzi l'autorità giudiziaria, come condizione della sua esistenza civile, e per debito sociale convivenza. E per f rmo: « L'affermazione del diritto è un dovere della propria conser- « vazione morale.... È senza dubbio possibile la manomissione « da parte di un terzo, ma il subbietto ha il dovere di respin- « gere tale manomissione, imperocchè uua guarentigia pura- « mente astratta delle condizioni vitali pel diritto a nulla ap- « proda. Occorre bensì che sieno in modo concreto affermate e « mantenute dal subbietto. Occasione all'affermazione è appunto « il fatto dell'arbitrio che osa volgersi contro di quelle ed ag- « gredirle » (2).

---

(1) IHERING, *La lotta pel diritto*, cap. 1.°. E un opuscolo di brevissima mole, ma ricco di pensieri profondi ed originali, benchè non gli fossero mancate aspre censure per parte di chi non è uso vedere allietate le discipline giuridiche dal sorriso dell'arte, dallo studio della vita reale, dalle simpatie della libertà, dai gravi pronunziati della filosofia. Quel libro dimostra come la tutela del diritto è un dovere. E se lo si studiasse a fondo, e, che è più, se ne seguissero gl'indirizzi, il carattere de' popoli e degli individui sarebbe più energico, nè vedremmo tanti esempi di sciagurata fiacchezza e codardo indifferentismo nel sentimento del diritto.

(2) IHERING, *ivi*, cap. 3.

Arbitrio è illegalità, e può muovere da un privato o dal pubblico potere. Anzi in questo secondo caso si rende tanto più serio il dovere di resistere, per quanto l'azione del potere minaccia più gravemente le condizioni della civile esistenza. Se il Consiglio comunale si facesse a provocare dal prefetto in qualità di commissario demaniale la quotizzazione de' demani, nessun contrasto sarebbe legalmente possibile, nè varrebbero interessi di sorta ad indugiare l'esecuzione de' legali provvedimenti, perocchè la lotta del diritto significa l'affermarsi energico del sentimento giuridico contro l'ingiustizia e l'illegalità. Ma la quotizzazione non ripugna a' fini razionali del demanio; anzi ne è l'espressione ultima, e quando l'autorità costituita la dispone nello esercizio dei suoi legittimi poteri, diviene immorale l'opposizione, tramutandosi nella ingiustizia che si estolle orgogliosa a combattere il diritto. Queste considerazioni formano la prova più solenne della legittimità dell'opposizione fatta con forme legali alle disposizioni arbitrarie di un Consiglio che, snaturando i beni demaniali e confondendoli coi patrimoniali, distrugge gli usi civici, sposta i maggiori interessi, rende impossibile o vana la quotizzazione.

Qui la lotta pel diritto è un dovere, nessun cittadino dovrebbe rimanersi dallo scendere nell'arena giudiziaria; starsene cheto è viltà, è abbandono sciagurato delle proprie ragioni, è tepido culto al sentimento del diritto, è suicidio morale.

E non si creda che questa teorica propenda a carezzare lo spirito litigioso e a porre in bando il sentimento della conciliazione e della pace, quasichè la rinunzia spontanea al proprio diritto o la transazione con l'avversario sia un fare getto della propria dignità, un mancare al proprio dovere. No, è doverosa la lotta soltanto allorchè nell'interesse è stata offesa la persona, allorchè la violazione del diritto non si può tôrre in pace se non col sacrificio della propria dignità (1).

Or, che sono mai gli usi civici? Non sono essi la manifestazione più spiccata del rispetto dovuto al cittadino come individuo?

Gravemente si è disputato, se sorga il dovere prima del diritto o viceversa, e come l'uno possa stare accanto all'altro (2). Io porto opinioni che nascono ad un parto, e l'uno non si scompagna dall'altro cronologicamente, benchè logicamente talvolta il diritto preceda, e tal'altra il dovere. L'uomo ha diritto alla propria conservazione, e perciò ha il dovere di non farsela manomettere; ha l'obbligo di rispettare gli altri e perciò ha il diritto di non farsi impedire l'adempimento di codesto dovere. Diritto e dovere rampollano adunque dallo stesso principio uni-

(1) Ihering, *ivi*, capitolo 3. Vedi pure prefazione alla terza ed alla quarta edizione.
(2) Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, lib. 3, sez. 2, cap. 2.

versale di giustizia, nascono uniti, svolgonsi e procedono di conserva: non si saprebbe pensare un solo istante in cui si avesse un diritto e non il dovere di attuarlo, quando vi fosse interessata la dignità personale, ovvero si avesse un dovere e non la facoltà sincrona di pretendere che altri non opponga il *suo veto*. In questo senso può dirsi che ogni diritto è dovere, e viceversa; non già che le due idee si convertano e sieno identiche, poichè l'una contradice l'altra. Posto l'un concetto si deve per necessità logica ed etica ammettere l'altro.

Della necessità logica abbiamo detto abbastanza, poichè la legge pone nell'uomo contemporaneamente le due determinazioni del diritto e del dovere, come condizioni dello svolgimento della dignità personale. Della necessità etica deve dirsi che sarebbe flacco il compimento del proprio dovere, quando non lo si accompagnasse della energia di un volere che pretende superare ogni ostacolo; e debole oltremodo sarebbe l'asseguimento del diritto, se non lo si affermasse come dovere verso la propria persona che reclama il compimento de' proprii fini. Questa è la teorica meno censurabile del sacrifizio, poichè rinunziare alla propria pace, scegliere una vita battagliera, pugnare per l'attuazione del diritto di sottomettersi senza macchia e senza paura all'impero della legge, affrontando noie e fastidi infiniti, è più lodevole che far baratto delle proprie pretensioni ed avvilirsi innanzi a chi rizzò la bandiera dell'ingiustizia. Suembaldo, Re de' Moravi, che dopo una sconfitta ritirasi nella selva Ercinia e si rende anacoreta (1) è figura storica poco men bassa di quella di Celestino che *fece per viltade il gran rifiuto*. Questa necessità etica che completa la dignità personale e forma il carattere dell'uomo serio, è fondamento di benessere sociale; e però si vuol dire che il simultaneo e reciproco rafforzarsi del diritto con manifestazione doverosa, e del dovere con una forma pretensionale è non pure una necessità logica ed etica, ma eziandio sociale. Difatti, allorchè si combatte pel proprio diritto, sia pure una pugna interessata, ne profitta la società intera, poichè ogni sconfitta toccata all'ingiustizia, ogni freno posto alle scarmigliate esorbitanze di un potere che aggredisce, ogni dilucidazione recata sui punti oscuri della legge, produce inestimabili vantaggi all'universale che vede affermarsi il diritto contro le ingiuste violazioni, rialzarsi le guarentigie legali, ridestarsi il sentimento della giustizia, chiarirsi il senso dubbio delle leggi. Dalle lotte giuridiche esce ringiovanito il diritto, quale elemento di sociabilità; mentre dall'inerzia e dall'abbandono delle proprie ragioni rimane prostrato, se non morto, il diritto dell'individuo e della società. Anche qui non posso tenermi dal trascrivere le seguenti parole dell'Ihering:

(1) GIAMBULLARI, *Istoria dell'Europa*, lib. 1.

« Io voglio ricorrere alla immagine di un individuo che ri-
« fugge dalla pugna, ove sono mille combattenti; certo la de-
« fezione di un solo passa inosservata. Ma se non uno, ma cento
« abbandonano la bandiera, la sorte di quelli che restan fedeli,
« diventa sempre più perigliosa; tutto il peso della resistenza
« viene a gravare sulle spalle loro. In quest'immagine io credo
« rendere assai precisamente intuitivi e sensibili i termini della
« questione. Anche sul campo del diritto privato ha luogo una lotta
« contro l'ingiustizia; lotta comune alla nazione intera, nella
« quale tutti devono sorreggersi e tenersi saldi. Ed anche qui
« ognuno che rifugge dalla lotta, è reo di tradimento verso la
« cosa pubblica, come colui che rafforza la potenza dell'avver-
« sario, aumentandone l'audacia e la temerità. Quando l'arbitrio
« e la licenza si attentano temerarii ed audaci di levare il
« capo, è segno sicuro che quei che eran chiamati a difendere
« la legge hanno negletto il dover loro. Ma nel diritto privato
« ciascuno nella propria condizione sua è in obbligo di difen-
« dere la legge, ciascuno entro la propria sfera n'è custode ed
« esecutore. Il diritto suo concreto è la facoltà concessagli dallo
« Stato di scendere, in occasione dell'interesse proprio, nell'agone
« giudiziario per difendere la legge e stornare la ingiustizia;
« facoltà condizionata e speciale rispetto a quella incondizio-
« nata e generale del pubblico ufficiale. Affermando il diritto
« suo nella sfera ristretta che questo occupa, egli nulladimeno
« afferma e mantiene il diritto. E però l'interesse e le conse-
« guenze della sua maniera di agire, trascendono di molto la
« persona sua. L'interesse universale che alla stessa si collega
« non è quello puramente ideale, che l'autorità e la maestà
« della legge siano mantenute; ma molto reale, altamente pra-
« tico, sensibile per tutti e che ognuno concepisce, anche chi
« del primo non ha sentore di sorta; voglio dire l'interesse,
« che lo stabile ordinamento della vita socievole sia assicurato
« e conservato salvo ed integro » (1). — Di qui si fa aperto

---

(1) IHERING, *ivi*, cap. 4. Un nostro valentissimo concittadino, il BOVIO, scrive così:
« Puoi tu far getto e sciupio delle tue pretensioni. Puoi abbandonarle, dimenti-
« carle, commetterle a discrezione? Vedi che non puoi: l'etica de' proni sacrifizi e
« della fiacca generosità è ita: tu, per contrario, devi piantarti inesorato in viso
« ai negatori e affermar tutte le pretensioni di uomo; tutte quelle che derivano
« dalla tua essenza umana: nessuna a' negatori abbandonare, commettere, perdo-
« nere: se cedi non sarai generoso nè liberale, ma bue da pungolo e poi da ma-
« cello. Quest'obbligo costante di affermarsi uomo vuol dire che le pretensioni
« essenziali sono inalienabili ed imprescrittibili; vedi però che io parlo delle pre-
« tensioni che vengono dalla tua natura d'uomo, non di quelle che possono deri-
« vare da industria avara e soverchiatrice. In che dunque consiste la nobiltà e la
« gloria dei sacrifizi? Perchè lodiamo uomini che dierono roba, libertà e persona
« per la salvezza altrui? Dirò; l'eroismo dei sacrifizi consiste appunto in questa
« pericolosa affermazione che tu dei fare della tua umanità: i cheti pigliano quello
« che loro si concede in grazia, rassegnati o brontoloni; i giusti rifiutano grazia
« e vogliono l'integrità dell'umanità loro e altrui. Volere per essi non è desiderio

come l'individuo che litiga pel proprio interesse, senza pur darsi un pensiero al mondo dell'affermazione sociale del diritto, produce inconsapevolmente questo effetto; è d'esempio agli altri per la vittoria. Per contro, la punizione indiretta di chi soccombe nel pagamento delle spese è scuola pratica di moralità sociale. Quando si dice che il dovere consocia ed il diritto dissolve, si pronunzia una teorica esclusiva ed unilaterale. Il dovere produce sentimenti di benevolenza e gratitudine ne' rapporti individuali fra chi lo compie e chi lo riceve; il diritto invece che soventi piglia lo aspetto non amico dell'egoismo, picchia, batte, fracassa, e produce ostilità ed antipatia fra chi resta perdente ed il vittorioso. Ma chi guarda la funzione sociale del diritto e del dovere, non ne' rapporti individuali dei contendenti, bensì nelle conseguenze lontane, e come suol dirsi, nel divenire non può negare che ogni combattente strenuo pel proprio diritto, combatte pel diritto di tutti, come chi riconosce schiettamente il proprio dovere, e vi si accheta, e vuole ad ogni costo eseguirlo. Entrambi lottando pel diritto o pel dovere confortano il sentimento giuridico del popolo, rialzano la fede nelle istituzioni, porgono il destro alla magistratura ed al foro di chiarire la legge e far progredire la giureprudenza.

Ora, che fa egli il cittadino che solo si oppone all'irrompere dell'arbitrio dell'assemblea comunale, cui parve possibile annullare gli usi civici? Egli non combatte solo per sè; ma per il suo paese e pe' suoi concittadini che ne sono rimasti privati, benchè questi prescelganodi rimanere nella morta gora dell'indifferenza. E si noti che gli usi civici son parte del diritto pubblico; onde la contesa toglie aspetto più di politica che di civile. Vedremo più giù come sorse il concetto del demanio del Comune in relazione agli usi civici, e quali necessità personali lo posero. La dignità del cittadino rese indispensabile questo novello assetto della proprietà comunale, col concorso degli usi civici che son diritti naturali ed inviolabili, ordinati alla conservazione dell'individuo. La quale è naturale e civile; *naturale* perchè fa capo ai bisogni del vivere, *civile* perchè, com'ebbe a notare il giureconsulto Francesco d'Andrea, quando il cittadino manca delle cose necessarie alla vita è costretto ad emigrare, e nemmanco il Re può direttamente od indirettamente espellerlo e metterlo fuori della civile comunanza: *unde quemadmodum Rex non possit suos subditos e suo Regno expellere, ita nec eos privare posset eiusmodi commoditatibus, quas quotiescumque vis tolleret, cógere eos videretur ad aliud migrandum* (1). La

---

« torbido o impeto loquace, ma energia operosa è morale e diritto. Volere è dunque « pugnare, volere è deliberazione, parola, armi; volere è uccidere e cadere è « Ferrucci, Bruno, Micca, Cirillo, Garibaldi. Fuor di questo volere v'è l'utero, « non l'uomo ». — Bovio, *Saggio critico del diritto penale*, p. 16, Napoli, 1872.

(1) Francesco D'Andrea, riportato dal Cenni, *Studi del diritto pubblico*, pag. 107.

pugna quindi che un cittadino sostiene da solo contro il capriccio del Consiglio non è egoistica ne' suoi effetti, non è limitata alla garanzia dell'interesse del solo contendente, ma va ad estendersi a beneficio di tutti i conterranei. E guardata a questa altezza la lite, non può non destare le maggiori simpatie, come quella che non è soltanto d'interesse civile, limitato particolare, ma larga comprensiva, d'interesse pubblico.

Ricercata così la funzione sociale del diritto, vediamo se compete al privato cittadino l'azione giudiziale su' demani contro il particolare che l'occupi, ed eziandio contro la rappresentanza municipale che ne faccia un uso contrario alla loro razionale destinazione. Innanzi tutto è mestieri toccare delle *actiones populares*.

Fra l'Arndts che ritiene queste *actiones* meritamente andate in disuso (1), e l'Ihering che si studia di richiamarle pienamente in vigore, quali affermazioni generali del sentimento del diritto, benchè non vi fosse alcuno interesse particolare (2), la civiltà giuridica attuale si è locata nel giusto mezzo. Oggidì non vanno in tutto regolate codeste azioni dal titolo *23 Dig. Lib. 47,* nè si ritiene spiegare per guasti a'fondi pubblici, per danno ad un minore e simili, se nessun interesse particolare vi sia unito, perocchè vale la regola generale che l'interesse è la misura di tutte le azioni, in omaggio al principio della divisione de' poteri dell'individuo da quelli dello Stato e del Comune. Quindi si ammettono tre casi ne' quali l'azione è data *cuilibet de populo:* 1.° In materia penale, seguendosi gl'indirizzi del Beccaria e dell'Hegel, ciascuno può denunziare qualsivoglia delitto, meno quelli che per riguardo dovuto all'individuo o alla famiglia offesa non sono reputati di ordine pubblico: 2.° In materia di usi civici ai quali è volto questo scritto: 3.° In materia di guasti cagionati sulle cose di cui l'universalità dei cittadini ha l'uso, perchè sempre ne deriva un pregiudizio all'utente. La teorica che nessun cittadino potesse domandare *ut singulus* la rimozione degl'ingombri o impedimenti arrecati ad una via comunale o nazionale da cui venisse a soffrire danni speciali (sol perchè i beni pubblici si trovano sotto la tutela dello Stato e del Comune, a' quali soltanto è dato riaffermare il proprio diritto con le rispettive azioni senza potervi prendere ingerenza i privati cittadini, che ricevendo la personalità dalla comunanza sociale non possono portare nelle alte sfere di lei le loro basse pretese) resiste alle norme indeclinabili di giustizia per le quali ogni individuo che ha acquistato un diritto per riguardo alla cosa pubblica può reclamare la incolumità di questa, per la tutela del suo diritto particolare. Chi ha fabbricato sul confine di una strada pub-

---

(1) Arndts, *Trattato delle pandette,* § 100. — Anche il Mancini pensa così *Commentario alla Proc. Sarda,* vol. 2, n. 68.

(2) Ihering, *La lotta pel diritto,* cap. 4.

blica e vi ha aperto delle finestre per dar lume alle sue stanze, ed ha acquistato sul terreno posto al di là della medesima strada il prospetto o la servitù *ne luminibus officiatur* ha interesse ad impedire che altri occupi il suolo pubblico quantunque volte da codesta novità abbia a seguire un pregiudizio per lui. Se la finestra sta in una strada larga dieci metri, si ha interesse a conservarla intatta; se lo stillicidio diventa impossibile sulla medesima per la occupazione fatta da un terzo; se l'esercizio della servitù di prospetto sull'altrui fondo viene ad essere impedito con l'opera nuova eseguita sulla strada che v'intercorre; chi non vede che il privato, per tutelare il suo diritto, deve far valere le ragioni del proprio municipio o dello Stato? La servitù *altius non tollendi*, quella di stillicidio e di prospetto, di cui parlano gli articoli 571, 590 e 591 codice civile conferiscono il diritto e l'interesse di ricorrere alla autorità giudiziaria per denunzia di nuova opera, o per turbativa di possesso. Veramente in questo caso lo scopo del giudizio è quello di garantire il proprio diritto, ma l'obbietto del contendere è duplice, cioè la qualità pubblica del suolo occupato, e il danno che ne viene all'attore. Due interessi si compenetrano in un solo giudizio, e vengono trattati da una medesima persona. Indicate le novità fatte sulla cosa pubblica ed il pregiudizio privato, l'attore spiega formalmente la pretesa di fare sgombrare il luogo pubblico per non soffrire ulteriori danni e molestie, e chiede che il potere del giudice ordini la rimessione delle cose al primo stato sì nell'interesse della nazione o del Comune, sì per tutela de' diritti del privato. Il che non potrebbe certamente aver luogo, quando il terreno frapposto non fosse di ragione pubblica, e niun diritto vi potesse vantare il proprietario della fabbrica

L'interdetto *ne quid in loco publico facias* riguardava così l'interesse de' particolari come la pubblica utilità, e veniva detto *popolare*, perchè *quilibet ex populo* poteva intentarlo, semprechè ne risultasse danno al ricorrente (1). Il Caepolla combatte la formola usata da alcuni pratici, di menzionarsi nel libello introduttivo del giudizio la sola utilità pubblica manomessa, e dietro l'autorità di Bartolo e del testo romano, ne compone un'altra in cui concilia i riguardi pubblici coi privati (2). Il Senato di Genova con decisione del 17 luglio 1829 e 16 luglio 1830, il Senato di Torino con altra del 7 luglio 1838, il magistrato di Casale con quella del 9 gennaio 1841, e la Corte di cassazione di Firenze con decisione del 19 gennaio 1846 proclamarono il principio che, quando un privato faccia in una strada comunale opere che nocciano al pubblico ed a'privati, tanto l'intero Comune, quanto i singoli privati a cui quell'opera recò nocu-

(1) L. 2, Dig. *Ne quid in loco publico*, ecc.
(2) Caepolla, *De servitutibus*, lib. 2, cap. 3, numeri 65, 66 e 69

mento possono chiedere all'autorità giudiziaria la riduzione al primo stato invocando l'interdetto *ne quid in loco publico* (1).

Non dispiaccia breve indugio se in questa parte spinosa del nostro diritto spesso si è deplorato che le ragioni del Comune non si vedono trattate e tutelate con quella gelosa premura che il particolare pone nelle sue cose. Si è detto; se il sindaco non promuove i giudizi, nè li conduce col necessario accorgimento e zelo, niun riparo può avervi perchè nè le autorità superiori possono sostituirglisi nelle azioni giudiziali, nè il privato si può mettere nel suo luogo. Per converso, vi ha chi pensa, e con buone ragioni, che se il cittadino potesse da sè solo muover controversia nell'interesse del Comune od opporsi alle determinazioni del sindaco e del consiglio distruggerebbe l'ente nè la certezza dei giudizi si potrebbe raggiungere perchè ciascuno potrebbe fare da sè, e dopo essersi litigato con un solo si tornerebbe da capo con millanta altri. In questa contrarietà di opinioni, il miglior espediente consiste nel distinguere i beni che si deducono in controversia. Se si tratta di cose patrimoniali la cui amministrazione è commessa alla rappresentanza, la iniziativa privata non trova luogo perocchè i cittadini ne ritraggono i vantaggi, ma non hanno diritto di goderne direttamente o sperimentare azioni giudiziarie ed inframmettervisi. Possono reclamare alle autorità superiori ed esercitare il pubblico sindacato della stampa, perchè giudicandosi inetta, o poco amante de' comunali interessi la rappresentanza possa rimuoversi il sindaco, o sciogliersi il consiglio.

Allorchè poi trattasi di beni su cui l'articolo 432 codice civile conferisce l'uso diretto a'cittadini, è chiaro che ciascuno di essi ha un diritto proprio e singolare a conservarsi indeminuto quell'uso. Egli allora non scende nell'arena giudiziaria per rendersi il paladino del comune, ma solo per tutelare il suo proprio diritto Se a mo' d'esempio una piazza pubblica, una strada, una fontana è stata occupata, ne viene sottratto l'uso a' singoli cittadini, e può ciascuno di questi reclamarne il godimento, con azione possessoria, o petitoria. O si dirà che l'articolo 432 mentre dichiara il diritto all'uso di quei beni, lo lasci poi senza garantie giudiziarie?

Nè questo solo, ma se la rappresentanza comunale arbitrariamente ne cambia la natura e la destinazione, o si fa in qualunque modo a rendere impossibile quell'uso, può il privato cittadino insorgere, e chiederne la tutela giudiziale perchè tutti i diritti sono sotto la salvaguardia del magistrato. In un solo caso, il privato cittadino dovrebbe tacere, quando cioè ne' modi legali si fosse soppressa una strada a tenore degli articoli 17 e seguenti della legge 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche. Bene giudicò la Corte d'appello di Potenza, che « quando un

(1) SCIALOIA, *Procedura avanti i giudici di Mandamento*, n. 880.

« diritto compete a ciascun individuo del Comune *uti singulus*,
« può farsi valere anche contro l'università comunale, se da
« questa procedono i fatti lesivi. Altrimenti un diritto singolare
« per cui non si avesse mezzo alcuno di garentirlo dalle aggressioni dell'università non sarebbe più tale, ma sarebbe
« tutto al più un diritto esercitato dai cittadini *uti universi* e
« pel quale l'interesse dell'individuo rimane assorbito ed annullato da quello dell'università (1) ».

Quest'ordine di idee così logico e giusto non è al tutto sicuro dagli attacchi, e segnatamente in vista della incertezza dei giudizi poichè dopo essersi lottato con uno, verrebbe su l'altro, e gl'interventi e le opposizioni di terzo non avrebbero fine. Ma non sarebbe lo stesso in una causa relativa ad oggetto cui partecipassero in comune molti proprietari? In questo caso si potrebbe provocare la costituzione della maggioranza, affinchè le liti svolte con uno non abbiano a riprodursi con gli altri. Del pari, chi si vede tratto in giudizio da un privato cittadino può far intervenire in causa il sindaco, il quale rappresenta giudiziariamente tutti i cittadini per ogni sorta di beni, e la sentenza che si ottiene in contraddizione di lui rimane salda contro tutti. I Romani davano al magistrato la scelta del più idoneo fra i litiganti. Noi oggi non abbiamo altra norma che quella dettata dall'articolo 138 di procedura civile. O che si tratti di beni patrimoniali, o che venga in disputa il demanio pubblico comunale, sempre la universalità de'cittadini è rappresentata dal sindaco in giudizio, altrimenti le cause si dovrebbero decidere per plebiscito o sarebbero soggette a riprodursi del continuo. In un solo caso noi crederemmo possibili le opposizioni di terzo da parte da tutti i cittadini, quando cioè l'amministrazione comunale, senza ottemperare alle leggi avesse distrutto l'uso de privati. La lite sostenuta da un solo o da pochi contro il sindaco non resterebbe inalterabilmente fermata rispetto agli altri. In tal maniera i diritti de' singoli hanno una maggior garantia, perocchè non si può dire essere stati legittimamente rappresentati da quel sindaco che intendeva a manometterne gl'interessi.

L'azione che il singolo cittadino viene in tal caso a promuovere nello intendimento di ottenere la dichiarazione e tutela del proprio diritto, non può non essere ammessa contro l'amministrazione che lo invade, a tenore dell'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo. L'attore non dice al tribunale *rivocate la deliberazione del comune*, e non può dirlo, perchè i due poteri sono divisi, e l'uno non può imporsi all'altro; ma invece, *impedite il danno, allontanatene gli effetti, rimovete la lesione che si sta recando al mio diritto.*

---

(1) *Sentenza del 18 ottobre 1876 fra il Comune di Venosa, Bozza ed altri.*

E poichè la materia speciale a' nostri studi è costituita dagli usi civici su'demani universali o comunali, è qui il luogo di svolgere coi sussidi della storia legislativa la teorica più conforme all'attuale sistema di diritto.

Quando la distinzione fra i concetti di patrimonio e demanio del Comune fosse sorta non si può con precisione stabilire. I Romani che tanta luce portarono ne' punti più oscuri del vivere giuridico non la presentavano così netta e precisa come oggi l'abbiamo. Conobbero essi i *bona publica*, i *bona reipublicae*, ma quella distinzione non videro che esiste fra i *beni patrimoniali* del Comune che la rappresentanza dello stesso amministra e può eziandio alienare, impiegandone le rendite a pubblici usi, ed i *beni demaniali universali* che sono inalienabili ed imprescrittibili, appartenendone la proprietà del Comune e l'uso a tutti i cittadini *uti singuli*. Ebbero essi il concetto di una proprietà il cui uso è comune a tutti, ma lo limitarono ai fiumi, alle strade, ai porti ed al lido del mare. Ebbero ancora le cose *quae in pecunia vel patrimonio populi habentur,* come gli schiavi, le miniere, i campi acquistati da' nemici ed altri beni di cui si poteva limitare l'uso, dandosi a conduzione (1).

Ma a prescindere che anche questi pigliavano la denominazione di *res publicae*, se appartenevano a Roma, *privatae* se ad altre città (2), non vi è un frammento il quale attibuisca ad alcuni campi e foreste la qualità pubblica e la comunione dell'uso, come pei beni che poscia si dissero demaniali. Non vi è il concetto nè la parola: quello che manca all'insieme organico del sistema legislativo; questa che venne più tardi.

Se consultiamo il Sigonio, troviamo che l'*ager publicus* andava diviso in quattro specie: vi era quello tolto a'nemici e passato in proprietà della repubblica per diritto di guerra, ma non ancora divenuto pubblico; altro che apparteneva al popolo romano e da lui era posseduto; il terzo che era pubblico nel senso testè spiegato, ma usurpato da privati; e finalmente il suolo comprato con pubblico danaro, nel fine di dividerlo (3). Ed in tempo più prossimo a noi il Niebuhr ne formò oggetto di accurati studi; dimostrando che i beni della repubblica da' quali potevano raccogliersi rendite, erano goduti o dallo Stato direttamente, senza concorso del godimento de privati, o venivano occupati da costoro e goduti liberamente, col peso di pagare una prestazione in favore dello Stato (4). Vi era piut-

---

(1) L. 14, Dig. *De adquirendo rerum dominio*. L. 69, Dig. *De rerum divisione*. L. 1.ª Dig. *si ager vectigalis*. L. 17 Dig. *De verb. signif. Cod. Tit. De diversis proediis*, ecc. ARNDTS, *Trattato delle pandette,* § 49, ORTOLAN, *Spiegazione storica delle istituzioni,* al § 2. *De rerum divisione*.

(2) LL. 15, 16, 17 Dig. *De verborum significatione*.

(3) SIGONIO, *de antiquo jure Italiae*. Lib. 1, Cap. 2, Venetiis 1563.

(4) NIEBUHR, *Istoria Romana*, Vol. 2, *del demanio pubblico*. Nel GRIMALDI si trova riportata in compendio una dotta allegazione dell'avvocato Matteo De Angelis pub-

tosto il concetto della quotizzazione, la vera legge agraria de' Romani, tante volte fraintesa, ma non già quello del godimento dei cittadini *pro indiviso*, e senza obbligo di corrisponsione, in omaggio al *jus naturale vivendi*. Lo Stato poteva vendere quei beni, locarne le rendite, disporne a piacimento nell'interesse pubblico; mancava il concetto del diritto del cittadino, che si pone contro lo Stato ed il Comune, per far valere le proprie ragioni, poichè in quei tempi l'individuo non aveva valore contro lo Stato. Ed è degno di nota che la costituzione organica degli altri municipi d'Italia era, su per giù, nelle stesse condizioni. Leggendosi il Marzocchi, il Savigny ed il Puchta, non si trova menomamente accennata la differenza tra i beni che costituiscono il patrimonio della città, e che sono in commercio, e quei prati, boschi e campi aperti in commerciabili, su cui la universalità de'cittadini avesse il diritto di andare a raccogliere legna, o menarvi a pascolo gli animali, o attingervi l'acqua, senza tema di vedersene impedito l'esercizio (1). Soltanto il Muratori, ch'io sappia, ravvisò un'immagine di quelli che oggidì diciamo *demani comunali* negli antichi *bona communalia* dell'Etruria, del Lazio, e di altre parti d'Italia, ma ne fece una splendida confutazione il Cenni (2).

La data sicura di un istituto giuridico non si può trovare soventi, poichè lo spirito del diritto procede quasi sempre in modo latente; alcune istituzioni cadono per desuetudine, altre insensibilmente si vengon mostrando, e quasi le diresti altrettante apparizioni inconsapevoli della coscienza giuridica del popolo.

---

blicata il 25 febbraio 1751. Rammenta costui l'usanza romana d'imporsi a' popoli debellati la confisca e pubblicazione de' beni di cui una parte davasi a' soldati in premio delle fatiche di guerra, e l'altra si riservava al pubblico erario. Questi beni dicevansi *publici*, e quelli pigliavano il nome di *vettigali, agri vectigales*, dalla prestazione in biade o frutti, che riscuoteva la repubblica. I luoghi destinati al pascolo ed insuscettibili di coltura venivano assegnati a' pastori, con obbligo di pagare anche alla loro volta una prestazione denominata *scriptura*. Codeste prestazioni si pagavano alla repubblica e quindi agl'Imperetori, e sotto i Longobardi al Re, come si narra di Autari e poi de' Duchi di Benevento, seguìti in questo costume da' Normanni. I pascoli adunque e i terreni coltivabili facevan parte delle regalie, sempreché consistessero in terre acquistate col diritto della spada, ed il Re in premio de' prestatigli servigi ne faceva soventi concessione a' suoi baroni, i quali per trarre vantaggio da codeste proprietà vi stabilivano il diritto di *fida*, che era un'altra specie di vettigale che si corrispondeva da' pastori (V. GRIMALDI, *Istoria delle leggi e Magistrati del regno di Napoli*, Lib. 26, pag. 431 e seg. Napoli 1768). Adunque il diritto della guerra dava a' Romani il possesso de' beni de' vinti: lo stesso diritto fu attuato dai conquistatori del medio-evo. I primi ne ritenevano alcuni pel pubblico erario, altri ne spartivano a' fedeli. La spada ha lasciato sempre le medesime tracce. Ma nè i Romani nè i barbari riconobbero ne' cittadini il diritto alla riserva di quelle cose che fossero necessarie alla vita. Non vi pensarono i Romani, come si deduce dalla storia de' beni che conquistava il popolo romano (SIGONIO, *ivi, ivi*); non i barbari come da tutte le storie.

(1) MAZZOCCHI, *Commentarium in tabulas Eracleenses, passim*. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio evo*. Vol. 1, Cap. 2. PUCHTA, *Storia del diritto presso il popolo romano*. Vol. 2. n. 89.

(2) CENNI, *Studii del diritto pubblico*, Cap. 1.°

Non è già che manchi il sentimento del diritto, o che sia fioco; manca soltanto la statistica che fissa la data di codeste mutazioni: manca la scienza che dovrebbe enunciarne nitidamente le formole. Il movimento però esiste; alcune forme di vivere cadono, altre ne sorgono; la lotta eterna del diritto che si viene affermando contro la ingiustizia non posa mai.

Quella distinzione non si potea fare, che dopo essere sorta la necessità degli usi civici.

Noi non diremo delle origini del feudo, della misera condizione fatta da' barbari a' cittadini, degl'innumerevoli abusi cui furono soggetti. Diremo solo che, conceduti in feudo i Comuni e le vaste estensioni in che quelli trovavansi, i cittadini sarebbero rimasti privi di ogni cosa necessaria a vivere, se loro si fosse negata una riserva dell'acqua, del fuoco e de' portati della pastorizia. Questa riserva non doveva essere per concessione del principe o del feudatario, ma per un diritto preesistente al feudo (1). Bevere, riscaldarsi e vestirsi della lana delle pecore furon sempre necessità supreme della natura umana, cui non si potè rinunziare punto, senza fare spreco della propria personalità e privarsi de' mezzi più urgenti di conservazione. Fu allora che si pensò alla dottrina degli usi civici sui feudi, a quegli usi che costituiscono l'espressione più energica de' principali bisogni della persona, e che non si possono perdere se non con la vita. Si dissero allora appartenere a ciascun cittadino perchè non vi ha chi viva sotto la luna che possa farne di manco, e, sia per evitare la funesta concorrenza degli abitanti di altre terre, sia per un ricordo del diritto originario de' cittadini, si disse che soltanto essi potevano pretenderli. *Uti singuli et cives* fu la formola egregiamente scelta per dimostrare la individualità del diritto e la scaturigine sua.

Quando sorse questa dottrina? Io nol so, e niuno degli scrittori di questa materia è in grado di attestarne l'inzio. Trovo accettate queste idee da' più antichi feudisti a' più recenti, e sempre additate come di non dubbia, nè poco costante applicazione. Il fatto però è importante, e noi possiamo fermarlo come il primo passo, cronologicamente e logicamente dato da' popoli nella rivedicazione delle ragioni del diritto sulla nequizia degli uomini, e che condusse presto alla formazione piena del sistema degli usi civici anche sulle proprietà comunali.

Al Comune erano rimasti alcuni beni. Si volle assicurare ai cittadini anche su questi il far legna, il pascere, il prender

---

(1) È notevole la grande dissomiglianza tra il feudo nelle provincie meridionali d'Italia e quello di Francia, Spagna ed Inghilterra, ove questi usi erano conceduti dal barone, non già ritenuti contro lui. Su questa ed altre differenze da cui vien constatata la superiorità civile de' nostri maggiori in relazione agl'istituti feudali di oltr'alpe ed oltre mare può leggersi l'opera stupenda dell'avvocato ENRICO CENNI (*Studii del diritto pubblico*, Napoli 1870, Cap. 4.° e 6.°). Toccheremo in appresso di un errore di ORAZIO MONTANO.

acqua ed il pernottare, chè questi son atti necessari, così sulla proprietà del barone, come su quella del Comune; ed in questa guisa tutte le proprietà comunali furono soggette agli usi civici, togliendo la denominazione di demani, come *demanio feudale* appellavasi il feudo, e *demanio dello Stato* quello che teneva alla tutela e sussistenza della nazione intera. *Demani universali*, perchè la proprietà ne appartiene al Comune (*universitas*), e di cui l'uso rimane indeminuto a tutti i cittadini. Ove si scorge una doppia estensione del concetto degli usi civici, *iura civitatis.* Interrogarono i nostri maggiori le necessità storiche dei loro tempi ed estesero a' beni del Comune la dottrina professata contro i feudatari. Interrogarono la sapienza de' Romani, e trovandovi il germe dei *iura civitatis* in relazione al dominio pubblico delle strade, laghi, fiumi, e lido del mare, ne fecero applicazione a quegli altri diritti che propriamente diconsi *usi civici.*

I Comuni però non ebbero soltanto quei beni che avevano *ab origine:* vi furon lasciti, donazioni, compre, permute. Su questi beni sarebbe stato esorbitante estendere gli usi civici, perchè se i cittadini avevano potuto viver prima senza questi, poteano egualmente campare la vita in appresso, facendone di manco. Non eran quindi *demaniali* ma tolsero il nome di *patrimoniali;* e come quella prima proprietà è pubblica, consustanziandosi con la vita della città (perchè fuggirebbero i cittadini, e morrebbe il Comune se non avessero di che vivere), questa seconda proprietà è privata, ed amministrata liberamente dalla rappresentanza comunale. Su quella i cittadini hanno diritto *uti singuli,* su questa *uti universi.*

Questa è la storia ideale del divenire del nostro diritto. La necessità di vivere costrinse i cittadini a lottare contro il barone per la conquista, o meglio per la conservazione degli usi civici; la medesima necessità li spinse ad affermare il diritto della propria persona su' fondi del Comune: gli acquisti posteriori per ragion civile serbarono privata indole, e si dissero far parte del patrimonio. Come il barone aveva beni *burgensatici* distinti dal feudo e che traevano origine da acquisiti privati, il Comune ebbe i beni patrimoniali, separati da' demaniali. Sulla quale distinzione mi piace riportare la dottrina de' giureconsulti napoletani con le parole del Cenni: « Si vide che tanto « sul patrimonio che sul demanio, i cittadini come membri della « società comunale, avessero diritti proprii *iura civitatis,* ma « di natura affatto diversa; sui beni *patrimoniali* consistevano « in questo, che le rendite ne fossero assegnate per vantaggio « comune in negozii di utilità universale, come in costruire e « riparare fontane, acquedotti, strade, pubblici edifizii e simili, « ed in pagare pubblici servigi; per tal modo della rendita di « questi beni i cittadini godevano, non come membri distinti « dalla società comunale, ma come compresi nel *nomen* della « *iuris universitas incolarum;* per l'opposto, de' beni disposti

« all'uso comune (*demanio*) i cittadini fruivano ciascuno indi-
« vidualmente per sè, poichè a ciascuno era dovuta una parte
« dell'uso: sòrse quindi la dottrina che sul *patrimonio* i citta-
« dini avevan diritto *uti universi*, non *uti singuli*, e per con-
« trari, sul demanio *uti singuli*, non *uti universi*. Tale è la
« principale dottrina su cui edificossi con chiarezza e con civile
« eleganza il *ius civitatis* » (1).

Fra l'essenza del diritto agli usi civici e quella del diritto che ogni cittadino può avere alla integrità de' possedimenti comunali corre un immenso divario. Quella rivela un rapporto personale, questa una relazione collettiva. Gli usi civici sorsero come un omaggio alla dignità dell'individuo; come mezzi di vita, *ut vitam cives ducere possint*. Che sarebbe in vero la vita, come i cittadini potrebbero trarla, se loro fosse tolto di andare a far legna nelle foreste, condursi ad attingere l'acqua ove spiccia da ricca fonte, menare i loro animali al pascolo? Questa sfera di diritti appartiene dunque a' cittadini come individui, e senza relazione di dipendenza dal Comune: sono essi che sentono la necessità del vivere; è a loro riguardo che le leggi e la giurisprudenza riconobbero una riserva di dominio su' beni del Comune e del feudatario; è loro riconosciuto il diritto di farla valere in nome proprio, *uti singuli et cives*. Ora si guardi la doppia condizione di diritto agli usi civici; bisogna pretendervi come singolo, e si deve essere cittadino del paese contro cui si vogliono conservare, perocchè la riserva è soltanto in favore di chi appartiene al Comune. Se dunque codesto diritto è nel patrimonio di ciascun cittadino ed è per sua natura inalienabile, la nozione di diritto non è morta od inerte; ma è destinata a svolgersi ed attuarsi. Il diritto e forza, è attività è moto operoso che si manifesta per mezzo dell'azione, ed è perciò che se ciascun cittadino ha diritto individualmente agli usi civici, deve avere l'azione a reclamarne la garantia. Che cosa è l'azione? È il diritto stesso che si pone in movimento e si afferma innanzi al magistrato. Quindi, ov'è il diritto coattivo, ivi è l'azione.

Per converso, il diritto che i cittadini possono avere su' beni patrimoniali del Comune non è diretto nè immediato. Essi lo esercitano per mezzo de' loro rappresentanti e non hanno alcuna facoltà di opporsi alle determinazioni del Consiglio. Già una teorica non molto savia si va propagando, massime nella Svizzera, mercè cui si vorrebbe negli ordini politici ed amministrativi introdurre il principio della rappresentanza personale, ma le difficoltà pratiche sono immense, come si raccoglie in una dotta monografia del Salandra (2). L'art. 41 dello Statuto

(1) Cenni, *op. cit.*, pag. 97.

(2) Salandra, *La dottrina della rappresentanza personale* (Archivio giuridico. ol. 15, pag. 181).

costituzionale e l'art. 215 della legge comunale e provinciale, proscrivono il mandato imperativo negli ordini politici ed amministrativi, escludendo recisamente qual si voglia ingerenza dell'individuo nella pubblica amministrazione organicamente rappresentata. Qui la proprietà appartiene al Comune, siccome ente morale, ed è alienabile a volontà di chi lo rappresenta; se ne giovano i cittadini soltanto indirettamente, perchè le rendite ed il retratto stesso in caso di alienazione tornano a scemamento dei balzelli, a pubbliche costruzioni, ed altri fini di comunale economia. Qui il diritto è meno individuale, chè i cittadini lo hanno *uti universi,* nel senso cioè, che la sua esplicazione succede in misura e per vie diverse, tutto rimanendo commesso alla spontaneità di chi è investito della rappresentanza legale. Non diremo già che qui il diritto del cittadino rimanga muto e solitario, il che si oppone alla nozione giuridica; lo esercita con le lotte elettorali, con le discussioni in pubblico ed in privato, coi ricorsi alle superiori autorità amministrative con la stampa che, quando non degenera, è il più nobile palladio dei diritti dell'universale. Ma tutto questo non significa spiegare un'azione giuridica nel vero senso della parola, com'è disciplinata dal codice di procedura civile; è una diversa specie di diritto che diversamente si pone e si attua. L'azione legale in questo caso appartiene soltanto al potere rappresentativo, come quello che l'ebbe tutta intera con l'elezione. Come il minore non può tradurre in giudizio il debitore, ma deve star cheto a ciò che i suoi legittimi rappresentanti stimano compiere pel suo meglio, i cittadini non possono frastornare l'indirizzo della cosa pubblica con azioni promosse in nome proprio. Di qui si fa aperto come sui beni demaniali il diritto del cittadino è pieno, diretto ed immediato; sui beni patrimoniali è circoscritto, indiretto, mediato. La diversa natura di codesti diritti spiega la possibilità dell'azione giuridica individuale sui primi, e la possibilità dell'azione medesima sugli altri.

Ed ora cerchiamo le prove di queste differenze giuridiche nelle leggi e nella giurisprudenza.

Non dimenticheremo che gli usi civici tuttora governati dalle leggi di altri tempi, e che i rescritti pubblicatisi da' primi anni di questo secolo in poi, trovano il loro fondamento razionale e storico nella dottrina de' padri nostri: non ismarriremo tampoco, nè perderemo di vista la storia generale che abbiam sopra segnata a grandi tratti sul movimento della proprietà pubblica dei Comuni; e vedremo come lo spirito del diritto venne via via affermandosi e determinandosi con un organismo così completo e pieno che non può non convincere gli animi più schivi.

I Romani e gli antichi municipi, abbiam detto, non distinsero nettamente una proprietà patrimoniale ed un'altra demaniale nel Comune. Ebbero non pertanto alcune istituzioni che, fecondate poscia dal progresso storico del diritto, ci diedero la

dottrina magistrale degli usi civici, come dalle prammatiche, da' dispacci, dalle decisioni del Sacro Regio Consiglio, dalle opere de' giureconsulti.

Tutta la proprietà del Comune era privata. I rappresentanti dell'amministrazione ne poteano disporre liberamente e niun cittadino avea diritto di opporsi. Vi era la parola ed il concetto del patrimonio, e noi oggidì non potremmo invocare altre leggi per giustificare la piena alienabilità del patrimonio comunale o nazionale, senza opposizione per parte degli amministrati.

Ma il Comune aveva pure altri beni, ed erano i laghi, i porti, le spiaggie, le strade, il cui uso era comune a tutti i cittadini. Non vi era la parola *demanio,* ma vi erano le altre, *bona reipublicae,* e con esse il concetto della impossibilità di disporsene a talento, perocchè se codesti beni servivano alla universalità dei cittadini non poteano costoro venirne pregiudicati, come si fa chiaro da diverse fonti (1), e fino a dar luogo alle così dette *actiones populares* di che abbiamo parlato.

Ma trasportati alla proprietà comunale i concetti degli usi civici che si eran formati in opposizione alla signoria baronale, ed esteso il contenuto dei *iura civitatis* dal passeggiare, navigare, pescare e simili al pascere, pernottare, attingere acqua e far legna, più netta dovette apparire la determinazione giuridica del demanio e del patrimonio. Quindi fu stabilito che, pe' beni patrimoniali su cui i cittadini avevano diritto *uti universi* decideva la maggioranza, ma per gli altri occorreva l'adesione di tutti, *nemine excepto,* perchè tutti vi rappresentavano un diritto *uti singuli.* Scrisse il De Franchis con una lucidezza senza pari, *vera est regula quod in his quae spectant ad singulos* ut universos, *maior pars praeiudicat minori... In communi pluribus* ut singulis, *maior pars non praeiudicat minori, quia omnes sunt domini, iure singulari et proprio* (2).

Ed in altro luogo scrive così: *clarum est autem quod in his quae spectant ad singulos,* ut singulos, *maior pars non praeiudicat minori* (3).

E la teorica fu così estesa in quei tempi che molti stimarono doversi utilmente applicare anche nelle elezioni ed aggregazioni a' collegi, a' sedili e ad altri ordini di onorificenza, benchè il De Franchis protestasse contro; siccome si raccoglie dalle addizioni del Novario e di Carlantonio De Luca (4). Il Cardinale de Luca scrisse così: *cum hic ius pascendi non concernat interesse civium in universum, sed interesse singulorum, non potest maior pars desuper statuere, ac minori dissentienti praeiudicare, sed omnium consensus requiritur.*

---

(1) L. 2 §§ 11 e 22, *Dig. ne quid in loco publico,* L. 4, § 1, Dig. *De Divis. rerum,* Inst. *Lib.* 2, § 5. *De rerum divisione.*

(2) De Franchis, *Decisio,* 97.

(3) De Franchis, *Decisio secunda.*

(4) Novario e De Luca, *additio et observatio decisioni secundae.*

.... E più giù: *de iure civibus et incolis competit in patrio territorio aperto et communali, ac publicis pascuis destinato, cum eorum animalibus depasci, dum habitatoribus permittendi sunt illi usus, sine quibus alias commode vivere non possent; ne inèrmem vitam ducere cogantur* (1).

Orazio Montano divise i beni de' Comuni in particolari, per esser pervenuti da contratto o testamento, *et haec bona sunt in pleno dominio universitatis communi regula iuris gentium et civili, quia civitates habentur loco privatorum:* altri appartengono al Comune per ragione di onore, come i circhi ed i teatri, *quae honoris et pulchritudinis causa sunt parata, ed appellantur etiam publica;* altri beni diconsi propriamente demaniali come sono i monti, i boschi, i pascoli e le acque che per antica consuetudine del Regno costituivano altrettante regalie. Questi beni, o si avevano per concessione del principe o per consuetudine immemorabile, e dovevano andar distinti dagli altri della università *quod retineant nomen demanii et appellantur « lo demanio della Università »*. Se non che troviamo a dipartirci dalla opinione di questo celebre giureconsulto, allorchè dice che per antica consuetudine del Regno questi beni demaniali debbansi reputare conceduti dal Re, ma fuori dal regno debba valere la regola contraria, *quia universitates hominum sunt antiquiores Regibus, et ideo praesumendum est quod tempore dominii distincti de iure gentium, universitates, seu hominum adunantiae reservaverint sibi in communi ad necessitatem humanae vitae pro aere, aqua et igne bona haec, nec passi sint ea a singularibus hominibus occupari, seu appropriari* (2). Noi crediamo che questa dottrina è propria del nostro diritto patrio e non degli altri popoli. I più gravi scrittori nostrani hanno precisamente professata la teorica opposta; che, cioè, essendo il popolo prima de' Re, non potean questi privar quello de' diritti indeclinabili alla sussistenza, come fu dimostrato con ogni evidenza da Scipione Rovito nel suo commento alla *prammatica 1.ª De Salario.* L'errore del Montano si fa aperto dall'aver confuso il diritto a' boschi con quello che si potesse avere su' fiumi, chè la consuetudine cui egli accenna riferivasi esclusivamente a' fiumi, come si rileva da Luca di Penna e dal De Franchis, alle cui autorità egli appoggia la sua teoria (3), e come fu professato non pure da' Romani, ma eziandio dagli altri Stati retti a monarchia, meno in diversi Comuni lombardi che si giovarono delle franchigie derivanti dal trattato di Costanza (4). Adunque ritenuta la generale dottrina delle re-

---

(1) De Luca, *De servitutibus*, diss. 41, numeri 3, 4 e 5.

(2) Montano, *De regalibus officiis*, fol. 262, Neapoli 1718.

(3) V. De Franchis, *Decisio* 183. *Additio Amendolae. Observatio De Lucă.*

(4) L. 1, Cod. *quae sint regalia* L. 4 cod. *de aquaeductu*. L. 28, dig. *De aqua publica arcenda*. Caepolla, *De servitutibis*. Tract. 2, Cap. 3. De Luca, *de regalibus* Romagnosi, *della condotta delle acque*, § 654. Morbio, *Cod. Visconteo Sforzesco*, pagine 212, 213, 303, ecc.

galie su' corsi d'acqua e non estesa a' monti, a' boschi ed a' campi riservati *ad necessitatem humanae vitae,* vuolsi conchiudere anche pel Regno non necessaria la concessione del principe, consistendo in ciò appunto la superiorità civile della nostra giureprudenza in relazione agli altri popoli. Quindi può bene allegarsi anche l'autorità del Montano intorno alla possibilità della resistenza de' singoli individui per tenersi saldi nell'esercizio degli usi civici. Chiarissimo è il seguente passo del Capobianco, *in quae singulis singulos tangunt, omnium approbatio requiritur, ita quod nec per universitatem locari haec pascua posse, omnibus civibus non consentientibus* (1). Se si rendevano coltivabili, o se ne mutava in qualunque maniera la forma, poteva ciascun cittadino chiedere l'annullamento di quanto erasi praticato: *adeoque nec vineas in pascua, vel nemora in satione traducere: socius enim re communi contra usum designatum, uti non potest socio invito* (2).

Non diremo già che questa dottrina non avesse incontrato qualche oppositore, trovando che il De Rosa rammenta una decisione della Regia Camera con la quale fu statuito anche nelle cose che si riferiscono all'interesse de' particolari *uti singuli,* la maggior parte pregiudicare la minore a base della legge 19 dig. *ad municipalem* (3). Ma l'errore è manifesto, perocchè questa legge riguarda la deliberazione de' decurioni. *Quod maior pars curiae efficit, pro eo habeatur ac si omnes egerint,* dice il frammento. E fu egregiamente dal Savigny provato che la curia non è il popolo: il Senato della città fu prima detto *Ordo decurionum,* poi solamente *Ordo,* ed infine *Curia,* chiamandosi i componenti della stessa *curiales* o *decuriones* (4). Sicchè un principio che si vede scritto per regolare le deliberazioni dei rappresentanti del Comune, erroneamente fu esteso a quei diritti che son propri di ciascun cittadino.

La dottrina più vera è quella che si legge nel Maffei « Le « università posseggono beni di due generi: alcuni sono desti- « nati all'uso de' particolari come i teatri, i circhi, le selve, i « boschi ed i pascoli, il cui uso appartiene a tutti i cittadini, « e questi si dicono proprii dell'Università. Altri poi sono de- « stinati all'uso del Comune, senza poterne godere direttamente « i cittadini e dovendo il danaro che se ne ritrae impiegarsi « ad utile comune, quali sono i tributi e i fondi che si danno « in affitto. Questi sogliono dirsi patrimoniali dell'Università. I « fondi il cui uso si permette a tutti i cittadini, sono i campi, « i pascoli, le selve ed i boschi, ov'è loro permesso raccogliere « la ghianda, tagliare la legna ed immettere gli animali, e vol-

(1) Capobianco, *de iure et offic. Baron. ad Pragm. VI de Baron.*, n. 4.
(2) Basta, *Instit. iuris publ.* Neapol., lib. 2, tit. 1, §§ 916, 919.
(3) De Rosa, *Civilis Decretorum praxis,* cap. 4, Neapoli 1750.
(4) Savigny, *Storia del Diritto Romano nel medio evo,* cap. 2.

« garmente diconsi demani.... E poichè nei demani dell'univer-
« sità, come ne' demani del barone, l'uso appartiene a tutti i
« cittadini, consegue che non sia lecito all'università o al ba-
« rone far difese sui demani, se non vi sia il consentimento
« del barone e dell'università, acciò la condizione dell'uno non
« diventi deterioré per l'altro, *nec sufficiat maiorem universi-*
« *tatis partem consentisse, nisi omnes consentiant, ut unius*
« *dissensus ad rem impediendam sit satis, quoniam quod omnes*
« *respicit, ab omnibus probandum est* » (1). Ed è in queste parole che noi troviamo il commento delle due celebri prammatiche *De Salario* e *De Baronibus*. Con la prima, pubblicata per Ferdinando d'Aragona, fu riconosciuto il diritto secolare dei cittadini contro ogni tentativo di chiusura a difesa. Con la seconda Carlo V dispose, *nos salubriter providere volentes, mandamus: ut in terris cultis sive incultis, aut nemoribus ipsarum universit tum aut communibus, Barones ipsi aut alii utiles domini nullas defensas, forestas nec clausuras facere possint,* sine expresso consensu vassallorum et vicinorum, communionem forte, aut ius aliquod in territoriis seu nemoribus ipsis habentium, *et de licentia nostra aut nostri generalis Vice regis, et si quae forte factae sunt, volumus per officiales nostros Summariae, partibus auditis,* provideri de iustitia. Ove è chiaro che richiedevasi l'espresso consenso de' vassalli e de' vicini che avessero qualche diritto sulle terre o su' boschi; non soltanto de' decurioni, de' sindaci e degli eletti chiamati ad amministrare i beni di diversa natura.

Ma perchè tanto rigore? Era egli possibile unire tutti i cittadini in un sol volere? Per rispondere a questi dubbii, vuolsi rammentare lo sforzo continuo de' nostri giureconsulti, diretto a ritemprare il diritto feudale e la generosa condiscendenza de' Sovrani a garentire i diritti dei popoli.

Quelli con la teoria dei *iura civitatis* inalienabili ed eterni, come il diritto alla individuale conservazione della vita, opponevano la volontà del singolo a quella dell'*Ordo;* i Sovrani, inchinando a queste idee, rendevano quasi impossibile l'intrigo e la prevaricazione della curia, poichè gli uomini sono sempre gli stessi.

Il Cardinale De Luca notò che nell'alienazione delle cose del popolo, e nella diminuzione de' suoi diritti, riputavasi necessaria la convocazione in parlamento o consiglio generale di tutti i cittadini, ma nelle città più grandi e là ove esistesse un maestrato rappresentativo di tutto il popolo, non era necessaria la unione dei cittadini per tutte le cose che si riferissero all'interesse generale. Però, siccome spesso gli amministratori commettono frodi in danno del popolo, fu reputato necessario l'assentimento del principe (2); e noi soggiungiamo che per rendere

---

(1) Maffei, *Iuris civilis institutiones,* lib. 3, Cap. 7, Neapoli, 1784.
(2) De Luca, *de alienationibus,* discur. 23.

sempre più difficili codeste frodi, Carlo V non si tenne pago dell'assenso regio e del voto della curia, ma volle espressamente il consenso di tutti i cittadini.

Questo sistema di leggi ci ha regolati fino a' primordi del secolo che volge; nè fu poi disertato, come si deduce dall'articolo 17 della legge 12 dicembre 1816 (1).

Or quando un Consiglio comunale sottrae a' cittadini il libero uso del pascolo e del taglio delle legna; quando muta la natura della cosa, riducendo a coltivazione il bosco, fa atto illegittimo, il quale non può produrre alcuno effetto, ed il magistrato deve per l'art. 4 della legge sul contenzioso amministrativo dirgli che l'uso civico non può essere impedito; che la prammatica XI *de Baronibus* è per noi tutt'ora diritto vigente; che l'articolo 176 della legge 1816 proscrive ogni ragione di occupazione, fosse anche temporanea, de' demani comunali; che soltanto con la quotizzazione disposta nelle forme legali possono questi raggiungere il loro proprio fine.

E qui è notevole come il diritto pubblico e il privato si sono venuti ritemprando ed armonizzando insieme con lo spirito dei tempi.

Oggidì non diremo più che i cittadini si debbono riunire in un generale parlamento, e che la deliberazione del Consiglio debba essere al tutto opera vana rispetto ai demani. Diremo invece che il Consiglio può deliberare conformemente alle leggi la quotizzazione dei demani, e quando il prefetto ne conosca l'utile senza pregiudizio dell'agricoltura, possa disporla.

Ma se per converso, e Consiglio e prefetto non si regolano secondo le disposizioni legislative, pensando immutare la destinazione dei beni, sorge il diritto del privato cittadino a reclamare la tutela dei vindici della legge. Onde, discutendo la questione coi principii del diritto attuale, diremo che l'articolo 429 del codice civile stabilisce che i beni demaniali, i quali hanno cessato di servire agli usi pubblici, diventano senza più di natura patrimoniale, ma ei bisogna che vi fosse un atto della potestà legale che, rifermando la cessazione del pubblico uso e necessità, dia altra destinazione alla cosa.

Se quest'atto è pienamente conforme alle leggi, senza eccesso di poteri e senza violazione del diritto di chi che sia, il cambiamento de' fini cui serve la proprietà è assicurato inalterabilmente. Così quando la potestà tutoria dello Stato dispone che un bastione di guerra non debba servire più allo scopo della difesa nazionale passa senz'altro a far parte del patrimonio dello Stato e diviene alienabile e prescrittibile. Se un Comune

---

(1) « Ogni occupazione ed ogni illegittima alienazione del demanio comunale è « dichiarata abusiva, a qualunque epoca l'una e l'altra rimonti. Essa non potrà « in verun caso essere considerata come titolo di promiscuità e sarà in ogni tempo « improduttiva di diritto od effetto ».

delibera sopprimere una strada ed aprirne altra, la deliberazione del consiglio dev'essere affissa al pubblico per un mese, e poi approvata dalla deputazione provinciale (art. 17 e 18 della legge 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche). Se in fine un demanio comunale si volesse cambiare di destinazione, non ci ha altro espediente legale che di quotizzarlo ai cittadini. Non può il Consiglio deliberare che quel fondo, da demaniale senz'altro divenga patrimoniale, poichè con quest'atto distruggerebbe il diritto dei cittadini e la possanza delle leggi. Or, ciò che non si può fare direttamente non si può tampoco per vie indirette, chè sempre le ragioni dei cittadini ne rimarrebbero conculcate e scossa l'autorità del diritto; quando un bosco è stato dissodato, o dato a conduzione, o altrimenti sottratto al condominio immediato dell'universalità dei cittadini che ne godono per gli usi civici, com'è più possibile andarvi a far legna ed a pascere? Il ripetiamo; sola via legale è la quotizzazione, e fino a che non è eseguita, la forma e la sostanza del demanio deve rimanere inalterata. E qui è degno di nota che, mediante codesto espediente, è sciolta ogni promiscuità, e ciascun cittadino riceve il compenso in natura con la quota che gli si attribuisce.

È vero che sono preferiti i più poveri, ma essendovi una distesa sufficiente per tutti, non vi ha famiglia cui non tocchi la sua parte. Il che conforta maggiormente la tesi per noi sostenuta; è tanto vero e reale il diritto che ciascun terrazzano vanta su' demanii, per quanto ne riceve un compenso nella quota.

In conclusione, se in materia di usi il cittadino venisse per istituire una domanda nel puro e semplice interesse del Comune, elevandosi a vindice e rappresentante privato del pubblico, dovrebbe esser respinto dalle aule della giustizia. Ma poichè con l'interesse pubblico è commisto il privato, e violandosi il diritto di tutti si è violato il diritto del singolo, riesce chiaro che *quisque de populo* è in grado di reclamare la reintegrazione della cosa pubblica. E non per una parte soltanto ma nella totalità, essendo questa la natura delle *actiones populares*, spogliate di ogni esagerazione e recate al punto di vista del diritto odierno.

§ IV. — *De' giudizi di reintegra.*

Natura del giudizio di reintegra. — È sommario petitorio. — Conseguenze di questa definizione. — Valore de' sovrani rescritti e loro contenuto. — Giurisprudenza pratica.

I giudizi cui può dar luogo la tutela per gli usi civici debbonsi portare a conoscenza de' magistrati ordinari, perchè viene in contesa il diritto che si dice conculcato dall'autorità o dai particolari.

Ma quando il Comune intende reclamare il rilascio di una parte o di tutto il demanio occupato, l'azione eccezionalmente si svolge innanzi al prefetto, che assume la qualità di commissario demaniale e decide in seguito ad avviso dei funzionari aggiunti. (Articolo 16 della legge sul contenzioso amministrativo). È questo il giudizio di reintegra su cui corrono le più disparate opinioni, poichè ad alcuni sembra d'indole petitoria, ad altri esclusivamente possessorio, ed a chi nè l'una, nè l'altro. A noi sembra che sia desso *un giudizio di fatto nel quale si giudica sommariamente del diritto del Comune, secondo lo stato di possesso a cui risalgono le notizie più lontane.* Prevale in esso l'elemento petitorio, ma sempre con discussione spigliata e pronta, la quale lascia integro il diritto al giudizio plenario. Il prefetto esamina sommariamente i titoli, risolve le questioni di diritto, statuisce sulla natura demaniale del fondo occupato. E di qui sorgono due conseguenze. La prima, che non può mai eccepirsi il giudicato quando si venissero per riporre innanzi ai tribunali ordinari le identiche questioni, poichè il concetto di sommarietà suppone l'altro di un giudizio più pieno e forte di più larghe garentie, il quale rimane impregiudicato; la seconda, che il prefetto non si deve arrestare alla eccezione della non demanialità del fondo conteso, ma risolverla con quegli elementi che il procedimento amministrativo mette a sua disposizione. Ci è incontrato spesso di udire che la demanialità è una qualità giuridica, e quantunque volte seriamente si disputa di codesta qualità cessa la competenza del prefetto, e le parti debbono essere rinviate alla giurisdizione ordinaria, la sola che è chiamata a statuire sui diritti e sulle qualità giuridiche seriamente contestate. La Corte di appello di Potenza con sentenza del 1 ottobre 1876 professò questa dottrina, osservando « che la « competenza eccezionale de' prefetti a poter conoscere delle « azioni de' Comuni per reintegra di terreni demaniali usurpati, « ha per base e fondamento la demanialità dei terreni mede- « simi. Ove siffatta demanialità non sia certa ed indubitata, ove « per avventura non sia dimostrato da tali evidenti prove che « bastino a prima giunta a smentire l'impugnativa che altri « ne fanno, egli è chiaro che in tali casi, non al prefetto, ma « al magistrato ordinario spetterà farne giudizio. » Questa opinione però è arbitraria poichè non si appoggia ad alcuna fonte di diritto, renderebbe il più delle volte impossibile l'esperimento del giudizio di reintegra (non essendo che rare le decisioni della commissione feudale in cui si legge definita la demanialità di alcuni terreni), fa dipendere la competenza dall'indole dell'eccezione più che dall'azione e toglie del tutto la distinzione certissima tra l'esame sommario ed il plenario. Il principio che la qualità giuridica del fondo è sottratta alla conoscenza del prefetto, come questione di diritto è contrario alla legge ed alla ragione. Alla *legge* perchè nell'abolirsi i tribunali amministrativi vi furon fatte due eccezioni solo per la gran Corte de' Conti

e per la prefettura in relazione a' giudizi di reintegra; onde se stanno questi tribunali eccezionali, uopo è che abbiano giurisdizione a risolvere tutte le contese di diritto e di fatto che si svolgono appo loro ne' limiti delle proprie attribuzioni. Alla *ragione* perchè l'argomento ha il vizio logico del provar troppo, menando alla assurda conseguenza che dovrebbe cessare quella competenza speciale, semprechè venisse sul tappeto una questione di diritto. Il ripetiamo; tutte le controversie debbono risolversi con procedimento e cognizione sommaria.

Ma non essendo usi ad impigliarci nella selva de'casi pratici, intendiamo ragionare soltanto sulla natura di codesti giudizi. Le applicazioni vengono da sè.

Il giudizio di reintegra, si è detto sempre, è *sui generis*, non potendo esser disciplinato con le norme esclusivamente possessorie o petitorie. E noi per i primi accettiamo questa idea, purchè se ne vogliano evitare le esagerazioni. Dipartesi esso dalla regola dell'ammessibilità limitata ad un anno, potendo il Comune spiegarlo quand'anche non avesse posseduto da secoli. Involve d'altra parte le ragioni di merito, nel senso che statuisce sulle eccezioni derivanti da contratti o da prescrizione. È la ragione è evidente: essendo destinati i beni demaniali allo esercizio degli usi civici (*iura civitatis et naturalia*), sono questi imprescrittibili e non possono tampoco servir di base al possesso interdittale de'privati.

Ma se si disputa della qualità del fondo, sostenendosi dal voluto occupatore, che non faccia parte del demanio del Comune il terreno che si vuol reintegrare, e dicendosi invece di ragion privata, il giudizio del commissario rimane limitato allo stato di fatto, ed è salvo alle parti il diritto di far vagliare poscia i propri titoli innanzi a' tribunali ordinari. In questo caso il giudizio reso dal commissario suonerebbe così: « La tenuta *B* secondo il suo stato di fatto apparisce, demaniale, ma la terra occupata da Tizio è parte di quella tenuta, dunque è pur dessa demaniale e devesi reintegrare al Comune ». Ma se Tizio viene indi per sostenere in regolare giudizio di proprietà che quel terreno non è di natura demaniale, la giurisdizione ordinaria è chiamata ad esaminare la stessa quistione con quella ricchezza di garantie e pienezza di discussione che vi reca sopra un maggior fascio di luce. In questo caso il magistrato ordinario decide se il fondo è demaniale o no. Se ritiene che faccia parte del demanio comunale ed è per conseguenza della stessa natura, non iscende come negli altri giudizi petitori ad esaminare tutte le ragoni di merito, vagliare i documenti, discutere le eccezioni che si son fatte o si potevano far valere innanzi al prefetto; affermata la demanialità, tutto rimane definitivamente regolato dal seguìto giudizio di reintegra, pel motivo semplicissimo che diventa inutile l'esame di qualsivoglia sistema defensionale, il quale si venga puntellando sopra titoli o prescrizioni, posciachè è rifermata la demanialità. Ma se invece il

magistrato trova che il fondo in contesa non faccia parte del demanio comunale, e che è invece di privata spettanza, il giudizio di reintrega si risolve in un semplice procedimento basato sullo stato di fatto delle cose e che non può vincere la forza del diritto. Allora tutto il procedimento viene annullato e si deve far luogo alla restituzione de'frutti e delle spese, perchè il falso non può reggere contro il vero, l'apparenza contro la realtà del diritto.

È in questo senso che noi interpretiamo i monumenti legislativi e i portati della giureprudenza, ne' quali va fatta distinzione tra il possessorio ed il petitorio, ritenendosi che il giudizio di reintegra lascia sempre le ragioni di merito. Diffatti l'articolo 176 della legge 12 dicembre 1876 dichiara la imprescrittibilità de' demani comunali « ogni occupazione ed ogni illegittima alienazione del demanio comunale è dichiarata abusiva, a qualunque epoca l'una o l'altra rimonti: essa non potrà in verun caso essere considerata come titolo di promiscuità e sarà in ogni tempo improduttiva di alcun diritto od effetto ».

L'art. 177 dichiara gl'Intendenti, ora prefetti, investiti della giurisdizione a conoscere di siffatte cause. Le quali non sono già meramente possessorie, perchè non si fondano sul possesso attuale; in esse il Comune sostiene che il fondo posseduto dall'occupatore è suo, sebbene gran tempo si fosse volto da che ne perdè il godimento; e se gli arridono le sorti del giudizio, vince il possesso in nome del dominio. Qui il *ius possessionis* dell'occupatore non ha garantia contro il *ius possidendi.*

Esclusa adunque la idea dell'azione di manutenzione coi caratteri dell'art. 695 del codice civile, qual'è l'indole del giudizio di reintegra? A tacere di tanti altri vi ha il rescritto magistrale del 25 gennaio 1826 che trascriveremo più giù. In esso è detto che il commissario deve limitarsi al solo esame e verifica del fatto dell'occupazione, a qualunque epoca rimonti, ordinandone la reintegrazione in favore del Comune, *salvo il giudizio plenario petitorio e di revindicazione di proprietà innanzi all'Autorità Giudiziaria esclusivamente competente.*

Ei sarebbe pregiudizievole oltremodo il rendere inalterabile codesto pronunziato, sì pei Comuni, sì pei privati. Una giurisdizione che si muove con tanta rapidità e senza le garentie di qualsivoglia procedimento civile, la quale è chiamata a discutere quistioni gravissime di diritto antico e titoli che non si possono bene interpretare, se non con la storia civile de' tempi a noi molto lontani, sarebbe un pericolo permanente pei Comuni e pei cittadini. Nemmeno la giurisdizione commerciale procede così impaziente d'indugi.

Pensò quindi il patrio legislatore di rendere spedito il cammino nello interesse de'Comuni, dando al prefetto la facoltà di giudicare secondo lo stato di fatto dell'occupazione e pronunziare sentenza sommaria nel petitorio. Dopo questo rimane aperto il

giudizio plenario. E qui vuolsi fare un'osservazione capitale sul rescritto del 1826, cioè che non statuisce già la salvezza del *giudizio petitorio*, ma bensì del *giudizio plenario in petitorio*, rimanendo con ciò nettamente spiegato che innanzi al prefetto vi ha un giudizio sommario di proprietà, ma che può essere ritolto in esame con giurisdizione più piena innanzi al magistrato giudiziario, con lite plenaria di proprietà. Il primo, stante la sua sommarietà, è dichiarativo del dominio, se si vuole, ma è sempre rivocabile nel secondo, rimanendo così conciliato il favore de'Comuni per la pronta reintegrazione de'demani, con la tutela del diritto (1).

Nè questa dualità di giudizi è nuova nel sistema legislativo, che finora ci ha retto. L'art. 3.° num. 7.° della legge sul Tavoliere di Puglia stabiliva che il Consiglio d'Intendenza in un primo giudizio, detto comunemente d'*identificazione*, restituisce i censuari nel possesso delle terre usurpate, limitandosi ad esaminare qual'era l'antica consistenza fiscale, cioè l'estensione del fondo censito. Ma dopo reintegrato il censuario, rimaneva salvo il ricorso a' tribunali ordinari per pronunziarsi sulle azioni di dominio.

Di qui si fa palese il concetto vero che governa il giudizio di reintegra, il quale fu detto *sui generis*. Non tiene alle norme esclusive del possessorio, non a quelle recise del petitorio. È un giudizio sommario sull'antico possesso del Comune, allo scopo di rendere nulla ogni ragione di proprietà posteriormente acquistata da'privati. É destinato ad una revisione con altro procedimento plenario, nel quale se ne può pronunziare la revocazione.

Ed è perciò che non osta alcun giudicato allorchè chiedesi innanzi al magistrato ordinario la rivocazione di tutti gli atti compiuti in sede amministrativa, comprese le ordinanze. Se in quella sede si sono pronunziati giudizi, sono essenzialmente rivocabili. Sarebbe una contraddizione il farli rimanere saldi ne' loro effetti. La verità è una ed intransigibile.

Ma senza ulteriore indugio cerchiamo la prova delle esposte idee ne' patri monumenti legislativi e ne' portati della giurisprudenza. I monumenti legislativi consistono in diversi rescritti che sono tuttavia vigenti in questa eccezionale materia, e sul cui valore, spesso contestato, facciamo brevi considerazioni.

Se protendiamo lo sguardo sulla costituzione del Regno prima del fortunato riscatto del 1860, troviamo che il Re esercitava

---

(1) Se il Rocco avesse portato attenzione a questa differenza de' due giudizi, non avrebbe fatto di quel rescritto un logogrifo, perchè mentre dispone che il commissario demaniale debba esaminare il fatto dell'occupazione, egli ritiene esser questo un giudizio definitivo ed irrevocabile di dominio, senza che un secondo esame più largo si possa verificare (Rocco, *Corso di diritto amministrativo*, pag. 222, Napoli 1850).

la sua potestà legislativa in tre guise, cioè per leggi, decreti e rescritti. La *legge* si riferiva ad un ordine generale di disposizioni, il *decreto* ad una serie più particolare ed all'esecuzione delle leggi, il *rescritto* era la risoluzione sovrana di un dubbio, non per farsi una nuova legge, ma per interpretarsi quella già esistente. In altri termini, con le leggi e coi decreti si formava un diritto nuovo, con la sovrana risoluzione s'interpretava quello già esistente. Ciò si raccoglie dagli articoli 1 a 5 della legge 24 marzo 1817 e corrisponde a'principi proclamati da Giustiniano. Erasi dubitato se la sentenza definitiva del principe sopra una causa rassegnatagli, dovesse riputarsi aver forza di legge, a Giustiniano con una costituzione dell'anno 529 statuì in questo modo: *si imperialis Maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus comminus constitutis sententiam dixerit: omnes omnino Iudices qui sub nostro Imperio sunt sciant* hanc esse legem non solum illi causæ pro qua producta est sed et omnibus similibus. *Quid enim maius, quid sanctius Imperiali est Maiestate? vel quis tantae superbiæ fastigio tumidus est, ut Regalem consensum contemnat?...... Definimus autem omnem Imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive iudiciis, sive alio quocumque modo factam ratam et indubitatam haberi* (1).

Così parla ogni autocrate, e così rescrisse il Sovrano di Napoli nel 12 giugno 1830 « La Maestà Sua si è degnata incaricarmi di manifestare a V. E. che le sue sovrane determinazioni *allorchè non contengono deroga alle disposizioni del diritto comune*, non possono altrimenti essere intese ed eseguite che nel senso ed a norma del diritto stesso, e che sulle osservazioni ministeriali, per principio generale di legge, intatta rimane ne' magistrati stessi la facoltà di farne applicazione *prout iure*, a'casi particolari (2).

Con l'articolo 12 del progetto delle leggi civili erasi stabilito che i rescritti appoggiati a falso esposto, o manifestamente contrari alle disposizioni della legge, non dovranno essere eseguiti dai magistrati. Ma fu tolto per decoro di legislazione, e perchè la legge 14 marzo 1817 permetteva a'corpi giudiziari ed amministrativi far pervenire al Re le loro rimostranze, che venivano tolte in esame, e liberamente accolte e respinte (3).

---

(1) L. 11, Cod. *de legibus et constitutionibus Principum.*

(2) *Supplemento alle leggi civili*, pag. 1258. La differenza tra le Ministeriali ed i rescritti, e la possibilità di derogarsi con questi ultimi atti persino alla Legge spiegano chiaro il concetto che quando parlava il Sovrano, rendevasi inutile la forma scelta, dovendo sempre eseguirsi il suo volere e dirsi con Marco Terenzio: *Principi summum imperium Dii dedere: nobis obsequii gloria relicta est* (TACITO, *Ann.*, Lib. 6.°, § 8).

(3) ARCIERI, *Studi legali*, Vol. 2, pag. 19. La giureprudenza ritenne costantemente che le Ministeriali non obbligavano il magistrato, ma i rescritti (fino a quando non erano stati rivocati dallo stesso Sovrano) avevano forza di legge. Ovunque si

Il rescritto del 19 luglio 1817 statuì che il potere amministrativo non è impedito di procedere alla divisione de' beni secondo lo stato possessorio, *senza pregiudizio delle ragioni delle parti nel petitorio* (1). Il rescritto del 6 maggio 1820 decise che i commissari ripartitori (prefetti) non hanno facoltà di decidere inalterabilmente de'diritti de' proprietari nelle controversie relative a demani (2). Il rescritto del 4 giugno 1835 riformò questo concetto (3). Il rescritto del 25 gennaio 1826 che abbiamo sopra ricordato proclamò che l'attribuzione del prefetto è *limitata al solo esame e verifica del fatto dell'occupazione, ed a reintegrare il Comune nel possesso del fondo usurpato,* qualora vi sia luogo, *salvo il giudizio plenario petitorio e di rivendicazione di proprietà innanzi all'autorità giudiziaria, per ciò esclusivamente competente* (4). Il rescritto del 13 settembre 1855 dichiarò che è *data agl'Intendenti* (ora Prefetti) *la vigilanza sulle possidenze comunali, onde siano salve da ogni usurpazione*, e debbono giudicare rimanendo impregiudicato il diritto delle parti di ricorrere alle *Autorità giudiziarie, quando dato sfogo alla reintegra richiesta dal Comune, se vi sarà luogo, piacerà lo o di sperimentare le proprie ragioni in giudizio plenario di rivendicazione di proprietà* (5). Così statuirono gli altri rescritti del 21 febbraio 1841 (6), del 10 maggio 1848 (7), del 24 marzo 1854 (8), del 10 luglio 1858 (9). Così infine ha professato la Corte di cassazione di Napoli il 12 gennaio 1869, il 4 giugno 1872 ed il dì 8 aprile 1876 (10).

AVV. ANTONIO RINALDI.

---

sono ammesse le leggi interpretative, per lo più sotto il nome di rescritti, si è data loro la forza medesima della legge interpretata perchè il legislatore non *dat sed datum significat* (L. 21, § 1 e 2, *qui testamenta facere possunt*, Novella 19, *praef. in f. Nov.* 142 *princ.* SAVIGNY, *Sistèma del Diritto Romano odierno*, § 32. DEL ROSSO, *Alcuni cenni sulla logica del diritto civile privato*, pag. 209. GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Vol. 1, pag. 19). La Commissione legislativa istituita pel coordinamento delle disposizioni del codice civile italiano nella seduta del 26 maggio 1865 discusse ampiamente la questione, se dal punto di vista della filosofia civile odierna si possano più ammettere leggi interpretative). Una volta che la interpretazione logica del diritto, osservossi, è data a' magistrati non si può riconoscerla al legislatore. Ma l'art. 73 dello Statuto costituzionale riconosce espressamente la possibilità di codeste leggi, e sarebbe veramente strano dirsi anticipatamente al legislatore che egli non possa farne, mentre se ne vedesse poscia la opportunità, rivocherebbe il divieto ed interpreterebbe egli stesso la propria legge. Questa interpretazione che i pratici dicono *autentica*, è utile in moltissimi casi, quando cioè le discrepanze della giureprudenza sono tali che per la certezza dei diritti torna utile porre modo alla indipendenza della spiegazione dottrinale.

(1) *Repertorio Amministrativo*, Vol. 1, pag. 503. VASELLI, Vol. 5, pag. 295.
(2) NAPOLITANI, *Dei conflitti di attribuzione*, pag. 176.
(3) NAPOLITANI, *ivi, ivi.*
(4) NAPOLITANI, *ivi, ivi*, pag. 178. VASELLI, *ivi*, pag. 293.
(5) NAPOLITANI, *ivi*, pag. 179.
(6) NAPOLITANI, *ivi*, pag. 181.
(7) NAPOLITANI, *ivi*, pag. 183.
(8) NAPOLITANI, *ivi*, pag. 184
(9) NAPOLITANI, *ivi*, pag. 186.
(10) *Gazzetta dei Tribunali*, anno XXII, n. 2185. — anno XXV, n. 2519. *Gazzetta del Procuratore*, anno V, n. 3 — anno XI, n. 12.

galie su' corsi d'acqua e non estesa a' monti, a' boschi ed a' campi riservati *ad necessitatem humanae vitae,* vuolsi conchiudere anche pel Regno non necessaria la concessione del principe, consistendo in ciò appunto la superiorità civile della nostra giureprudenza in relazione agli altri popoli. Quindi può bene allegarsi anche l'autorità del Montano intorno alla possibilità della resistenza de' singoli individui per tenersi saldi nell'esercizio degli usi civici. Chiarissimo è il seguente passo del Capobianco, *in quae singulis singulos tangunt*, *omnium approbatio requiritur*, *ita quod nec per universitatem locari haec pascua posse, omnibus civibus non consentientibus* (1). Se si rendevano coltivabili, o se ne mutava in qualunque maniera la forma, poteva ciascun cittadino chiedere l'annullamento di quanto erasi praticato: *adeoque nec vineas in pascua, vel nemora in satione traducere: socius enim re communi contra usum designatum, uti non potest socio invito* (2).

Non diremo già che questa dottrina non avesse incontrato qualche oppositore, trovando che il De Rosa rammenta una decisione della Regia Camera con la quale fu statuito anche nelle cose che si riferiscono all'interesse de' particolari *uti singuli*, la maggior parte pregiudicare la minore a base della legge 19 dig. *ad municipalem* (3). Ma l'errore è manifesto, perocchè questa legge riguarda la deliberazione de' decurioni. *Quod maior pars curiae efficit, pro eo habeatur ac si omnes egerint,* dice il frammento. E fu egregiamente dal Savigny provato che la curia non è il popolo: il Senato della città fu prima detto *Ordo decurionum,* poi solamente *Ordo,* ed infine *Curia,* chiamandosi i componenti della stessa *curiales* o *decuriones* (4). Sicchè un principio che si vede scritto per regolare le deliberazioni dei rappresentanti del Comune, erroneamente fu esteso a quei diritti che son propri di ciascun cittadino.

La dottrina più vera è quella che si legge nel Maffei « Le « università posseggono beni di due generi: alcuni sono desti- « nati all'uso de' particolari come i teatri, i circhi, le selve, i « boschi ed i pascoli, il cui uso appartiene a tutti i cittadini, « e questi si dicono proprii dell'Università. Altri poi sono de- « stinati all'uso del Comune, senza poterne godere direttamente « i cittadini e dovendo il danaro che se ne ritrae impiegarsi « ad utile comune, quali sono i tributi e i fondi che si danno « in affitto. Questi sogliono dirsi patrimoniali dell'Università. I « fondi il cui uso si permette a tutti i cittadini, sono i campi, « i pascoli, le selve ed i boschi, ov'è loro permesso raccogliere « la ghianda, tagliare la legna ed immettere gli animali, e vol-

---

(1) Capobianco, *de iure et offic. Baron. ad Pragm. VI de Baron.*, n. 4.
(2) Basta, *Instit. iuris publ.* Neapol., lib. 2, tit. 1, §§ 916, 919.
(3) De Rosa, *Civilis Decretorum praxis*, cap. 4, Neapoli 1750.
(4) Savigny, *Storia del Diritto Romano nel medio evo*, cap. 2.

« garmente diconsi demani.... E poichè nei demani dell'univer-
« sità, come ne' demani del barone, l'uso appartiene a tutti i
« cittadini, consegue che non sia lecito all'università o al ba-
« rone far difese sui demani, se non vi sia il consentimento
« del barone e dell'università, acciò la condizione dell'uno non
« diventi deterioré per l'altro, *nec sufficiat maiorem universi-
« tatis partem consentisse, nisi omnes consentiant, ut unius
« dissensus ad rem impediendam sit satis, quoniam quod omnes
« respicit, ab omnibus probandum est* » (1). Ed è in queste pa-
role che noi troviamo il commento delle due celebri pramma-
tiche *De Salario* e *De Baronibus*. Con la prima, pubblicata per
Ferdinando d'Aragona, fu riconosciuto il diritto secolare dei
cittadini contro ogni tentativo di chiusura a difesa. Con la se-
conda Carlo V dispose, *nos salubriter providere volentes, man-
damus: ut in terris cultis sive incultis, aut nemoribus ipsarum
universit tum aut communibus, Barones ipsi aut alii utiles do-
mini nullas defensas, forestas nec clausuras facere possint,*
sine expresso consensu vassallorum et vicinorum, communionem
forte, aut ius aliquod in territoriis seu nemoribus ipsis haben-
tium, *et de licentia nostra aut nostri generalis Vice regis, et
si quae forte factae sunt, volumus per officiales nostros Sum-
mariae, partibus auditis,* provideri de iustitia. Ove è chiaro che
richiedevasi l'espresso consenso de' vassalli e de' vicini che
avessero qualche diritto sulle terre o su' boschi; non soltanto
de' decurioni, de' sindaci e degli eletti chiamati ad ammini-
strare i beni di diversa natura.

Ma perchè tanto rigore? Era egli possibile unire tutti i cit-
tadini in un sol volere? Per rispondere a questi dubbii, vuolsi
rammentare lo sforzo continuo de' nostri giureconsulti, diretto
a ritemprare il diritto feudale e la generosa condiscendenza
de' Sovrani a garentire i diritti dei popoli.

Quelli con la teoria dei *iura civitatis* inalienabili ed eterni,
come il diritto alla individuale conservazione della vita, oppo-
nevano la volontà del singolo a quella dell'*Ordo;* i Sovrani, in-
chinando a queste idee, rendevano quasi impossibile l'intrigo e
la prevaricazione della curia, poichè gli uomini sono sempre
gli stessi.

Il Cardinale De Luca notò che nell'alienazione delle cose del
popolo, e nella diminuzione de' suoi diritti, riputavasi necessaria
la convocazione in parlamento o consiglio generale di tutti i
cittadini, ma nelle città più grandi e là ove esistesse un mae-
strato rappresentativo di tutto il popolo, non era necessaria la
unione dei cittadini per tutte le cose che si riferissero all'in-
teresse generale. Però, siccome spesso gli amministratori com-
mettono frodi in danno del popolo, fu reputato necessario l'as-
sentimento del principe (2); e noi soggiungiamo che per rendere

(1) MAFFEI, *Iuris civilis institutiones*, lib. 3, Cap. 7, Neapoli, 1784.
(2) DE LUCA, *de alienationibus*, discur. 23.

E poichè la materia speciale a' nostri studi è costituita dagli usi civici su'demani universali o comunali, è qui il luogo di svolgere coi sussidi della storia legislativa la teorica più conforme all'attuale sistema di diritto.

Quando la distinzione fra i concetti di patrimonio e demanio del Comune fosse sorta non si può con precisione stabilire. I Romani che tanta luce portarono ne' punti più oscuri del vivere giuridico non la presentavano così netta e precisa come oggi l'abbiamo. Conobbero essi i *bona publica*, i *bona reipublicae*, ma quella distinzione non videro che esiste fra i *beni patrimoniali* del Comune che la rappresentanza dello stesso amministra e può eziandio alienare, impiegandone le rendite a pubblici usi, ed i *beni demaniali universali* che sono inalienabili ed imprescrittibili, appartenendone la proprietà del Comune e l'uso a tutti i cittadini *uti singuli*. Ebbero essi il concetto di una proprietà il cui uso è comune a tutti, ma lo limitarono ai fiumi, alle strade, ai porti ed al lido del mare. Ebbero ancora le cose *quae in pecunia vel patrimonio populi habentur,* come gli schiavi, le miniere, i campi acquistati da' nemici ed altri beni di cui si poteva limitare l'uso, dandosi a conduzione (1).

Ma a prescindere che anche questi pigliavano la denominazione di *res publicae*, se appartenevano a Roma, *privatae* se ad altre città (2), non vi è un frammento il quale attibuisca ad alcuni campi e foreste la qualità pubblica e la comunione dell'uso, come pei beni che poscia si dissero demaniali. Non vi è il concetto nè la parola: quello che manca all'insieme organico del sistema legislativo; questa che venne più tardi.

Se consultiamo il Sigonio, troviamo che l'*ager publicus* andava diviso in quattro specie: vi era quello tolto a'nemici e passato in proprietà della repubblica per diritto di guerra, ma non ancora divenuto pubblico; altro che apparteneva al popolo romano e da lui era posseduto; il terzo che era pubblico nel senso testè spiegato, ma usurpato da privati; e finalmente il suolo comprato con pubblico danaro, nel fine di dividerlo (3). Ed in tempo più prossimo a noi il Niebuhr ne formò oggetto di accurati studi; dimostrando che i beni della repubblica da' quali potevano raccogliersi rendite, erano goduti o dallo Stato direttamente, senza concorso del godimento de privati, o venivano occupati da costoro e goduti liberamente, col peso di pagare una prestazione in favore dello Stato (4). Vi era piut-

---

(1) L. 14, Dig. *De adquirendo rerum dominio*. L. 69, Dig. *De rerum divisione*. L. 1.ª Dig. *si ager vectigalis*. L. 17 Dig. *De verb. signif. Cod. Tit. De diversis proediis*, ecc. ARNDTS, *Trattato delle pandette,* § 49, ORTOLAN, *Spiegazione storica delle istituzioni,* al § 2. *De rerum divisione*.

(2) LL. 15, 16, 17 Dig. *De verborum significatione*.

(3) SIGONIO, *de antiquo jure Italiae*. Lib. 1, Cap. 2, Venetiis 1563.

(4) NIEBUHR, *Istoria Romana*, Vol. 2, *del demanio pubblico* Nel GRIMALDI si trova riportata in compendio una dotta allegazione dell'avvocato Matteo De Angelis pub-

tosto il concetto della quotizzazione, la vera legge agraria de' Romani, tante volte fraintesa, ma non già quello del godimento dei cittadini *pro indiviso*, e senza obbligo di corrisponsione, in omaggio al *jus naturale vivendi*. Lo Stato poteva vendere quei beni, locarne le rendite, disporne a piacimento nell'interesse pubblico; mancava il concetto del diritto del cittadino, che si pone contro lo Stato ed il Comune, per far valere le proprie ragioni, poichè in quei tempi l'individuo non aveva valore contro lo Stato. Ed è degno di nota che la costituzione organica degli altri municipi d'Italia era, su per giù, nelle stesse condizioni. Leggendosi il Marzocchi, il Savigny ed il Puchta, non si trova menomamente accennata la differenza tra i beni che costituiscono il patrimonio della città, e che sono in commercio, e quei prati, boschi e campi aperti in commerciabili, su cui la universalità de'cittadini avesse il diritto di andare a raccogliere legna, o menarvi a pascolo gli animali, o attingervi l'acqua, senza tema di vedersene impedito l'esercizio (1). Soltanto il Muratori, ch'io sappia, ravvisò un'immagine di quelli che oggidì diciamo *demani comunali* negli antichi *bona communalia* dell'Etruria, del Lazio, e di altre parti d'Italia, ma ne fece una splendida confutazione il Cenni (2).

La data sicura di un istituto giuridico non si può trovare sovventi, poichè lo spirito del diritto procede quasi sempre in modo latente; alcune istituzioni cadono per desuetudine, altre insensibilmente si vengon mostrando, e quasi le diresti altrettante apparizioni inconsapevoli della coscienza giuridica del popolo.

---

blicata il 25 febbraio 1751. Rammenta costui l'usanza romana d'imporsi a' popoli debellati la confisca e pubblicazione de' beni di cui una parte davasi a' soldati in premio delle fatiche di guerra, e l'altra si riservava al pubblico erario. Questi beni dicevansi *publici*, e quelli pigliavano il nome di *vettigali, agri vectigales*, dalla prestazione in biade o frutti, che riscuoteva la repubblica. I luoghi destinati al pascolo ed insuscettibili di coltura venivano assegnati a' pastori, con obbligo di pagare anche alla loro volta una prestazione denominata *scriptura*. Codeste prestazioni si pagavano alla repubblica e quindi agl'Imperetori, e sotto i Longobardi al Re, come si narra di Autari e poi de' Duchi di Benevento, seguiti in questo costume da' Normanni. I pascoli adunque e i terreni coltivabili facevan parte delle regalie, semprechè consistessero in terre acquistate col diritto della spada, ed il Re in premio de' prestatigli servigi ne faceva soventi concessione a' suoi baroni, i quali per trarre vantaggio da codeste proprietà vi stabilivano il diritto di *fida*, che era un'altra specie di vettigale che si corrispondeva da' pastori (V. GRIMALDI, *Istoria delle leggi e Magistrati del regno di Napoli*, Lib. 26, pag. 431 e seg. Napoli 1768). Adunque il diritto della guerra dava a' Romani il possesso de' beni de' vinti: lo stesso diritto fu attuato dai conquistatori del medio-evo. I primi ne ritenevano alcuni pel pubblico erario, altri ne spartivano a' fedeli. La spada ha lasciato sempre le medesime tracce. Ma nè i Romani nè i barbari riconobbero ne' cittadini il diritto alla riserva di quelle cose che fossero necessarie alla vita. Non vi pensarono i Romani, come si deduce dalla storia de' beni che conquistava il popolo romano (SIGONIO, *ivi, ivi*); non i barbari come da tutte le storie.

(1) MAZZOCCHI, *Commentarium in tabulas Eracleenses, passim*. SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel medio evo*. Vol. 1, Cap. 2. PUCHTA, *Storia del diritto presso il popolo romano*. Vol. 2. n. 89.

(2) CENNI, *Studii del diritto pubblico*, Cap. 1.°.

che, impossessato dei beni mobili dell'eredità, divenne il loro custode e il loro depositario, e fu così in grado di impedire colpevoli malversazioni.

Ma questo possesso, che il testatore può concedere all'esecutore dei suoi supremi voleri, è ristretto in angusti confini. Da prima, esso non riguarda che i beni mobili. In secondo luogo non può oltrepassare un anno computabile dal giorno della morte del testatore. Infine, l'erede può far cessare il detto possesso, offrendosi pronto a consegnare all'esecutore testamentario una quantità di danaro bastante al pagamento dei legati di beni mobili, o giustificando d'averli soddisfati, od assicurandone il pagamento nei modi e tempi voluti dal testatore (articoli 906, 907 cod. civ. ital.).

Queste norme erano imperiosamente richieste dalla logica giuridica, poi che il codice italiano ebbe adottato il principio della trasmissione del possesso dei beni del defunto nella persona dell'erede senza bisogno di materiale apprensione. Alle suddette norme si recherebbe offesa, quando per avventura si riconoscesse nel testatore il potere di lasciare a persona di età maggiore i suoi beni, od anche il solo usufrutto dei medesimi, e darne il possesso ad altri, a fine di amministrarli per conto del beneficato.

Giova qui riferire il ragionamento della Corte di cassazione di Roma: « Se la legge civile come stimolo e compenso all'attività durante la vita, e come ultimo suggello al diritto di proprietà, ha dato efficacia alla volontà dell'uomo per la trasmissione dei beni dopo la morte, è tale effetto da compiersi in un attimo, mercè il passaggio da una ad altra persona di tutto o parte del patrimonio o di beni determinati. Ma la legge non ha consentito come regola nè avrebbe potuto senza grave danno, che la volontà del defunto possa sopravvivere come sussistente da sè in una rappresentanza diversa dalla persona dell'erede, duratura nel tempo in un mandato postumo irrevocabile, che ponga vincoli ed impacci alla libera amministrazione dei beni già trasferiti all'erede o al legatario. Ciò che la legge ha potuto soltanto ammettere per eccezione è che al minore privato per l'età dell'amministrazione delle sue cose possa colui che l'abbia nominato erede destinargli un curatore di sua fiducia per l'amministrazione delle sostanze che gli trasmette (art. 247 codice civile), e che in generale per l'eccezione delle disposizioni di ultima volontà sia dato nominare uno o più esecutori testamentari, ma con poteri chiusi in confini insuperabili, escluso anche per breve durata il possesso e l'amministrazione degl'immobili (art. 906 cod. civ.). Dal che si deduce per conseguenza necessaria, che quelle facoltà che la legge nega al testatore di poter conferire all'esecutore testamentario, appunto perchè incompatibili coi diritti del legatario o dell'erede, non potrebbe già darle validamente, cambiando il nome in quello di amministratore, tranne che non si tratti di amministratore di beni legati al minore, giusta l'ipotesi speciale del citato art. 247.

« Nella interpretazione dei pochi testi del Diritto romano, che riconoscendo in alcuni casi l'efficacia del mandato da eseguirsi dopo la morte, non contenevano una formola generale nella estensione e sui limiti di tal sorta di mandato, bene intravide un acuto giurista (il Donello), che i limiti dovevano essere nelle funzioni proprie, nei diritti intangibili dell'erede e del legatario. Vera o falsa questa interpretazione, come esegesi storica, fu certo la espressione del concetto onde sono state informate dapprima le consuetudini, e poscia i codici moderni nel regolare l'istituto dell'esecutore testamentario, in modo da concedere benigno riguardo alla volontà del defunto, ma con debita misura, e senza sacrificare a considerazioni puramente morali principii giuridici ed interessi economici di non minore importanza.

« In conclusione, all'erede, al legatario di età maggiore posti fuori il caso di eccezione dell'art. 247, non può il testatore lasciare i beni e toglierne loro l'amministrazione, potendo ripetersi di questa ciò che disse Gaio dell'alienazione (42, D. *si a patre quis manumiss. sit*): Iniqua cosa è non essere libera ad uomini liberi l'amministrazione delle loro sostanze.

« La generalità del divieto e la qualità dei motivi che l'hano indotto non ammettono che si faccia una distinzione rapporto all'usufruttuario, pur riconoscendo che gl'inconvenienti sono maggiori, quando lo amministratore è destinato per beni lasciati in piena proprietà. Non è luogo a distinzione.

« Perchè il diritto d'usufrutto implica il diritto al possesso e all'amministrazione dei beni (art. 477 cod. civ.), e respinge una clausola che attingerebbe dalla stessa volontà del testatore l'affermazione e la negazione della sua natura.

« Perchè, se è cosa lecita ma affatto diversa, il legato di rendita che lascia libera l'amministrazione all'erede, o al suo rappresentante designato dalla legge o nominato in conformità della legge, non è lecito al giudice fuori il campo della interpretazione di volontà, di dare effetto a ciò che sia voluto davvero in forma vietata dalla legge, assumendo con altra modalità il divieto sarebbe venuto meno.

« Perchè, se l'usufrutto può talvolta per accidente essere separato dall'amministrazione dei beni, ciò accade — o per abuso del godimento (art. 516 cod. civ.); ma allora la perdita o la restrizione del diritto per pena è un'applicazione non una derogazione delle regole comuni; — o per surrogazione alla cauzione (art. 498 cod. civ.); ma allora non è tolta all'usufruttuario la facoltà di far cessare l'amministrazione dell'estraneo prestando la debita cauzione; e nell'uno e nell'altro caso trattisi di amministratore giudiziario sottoposto alle norme prescritte e al conseguente sindacato dell'autorità che l'ha nominato, non di un mandatario in dipendenza di una volontà, che invano pretende di sopravvivere a sè stessa.

« Perchè, da ultimo, se il disponente può costituire a sua

posta le modalità dell'usufrutto legato, deve però rispettare divieti della legge che stanno al disopra della volontà privata, ed il divieto di che ora è contesa è appunto di tal genere » (1).

Certamente, in più di un caso il testatore è stato giudato da ragioni non ingiuste nell'ordinare che l'usufruttuario non abbia l'amministrazione dei beni. Ma ciò non toglie che a questi suoi voleri si opponga una legge di grado molto superiore a quella costituita dal supremo elogio; di guisa che riesca inapplicabile la bella sentenza dell'imperatore romano: *dicat testator, et erit lex.* Nel pronunziato della Corte di cassazione di Roma, da noi riferito, si racchiude una esattissima interpretazione dei principii che han servito di guida al legislatore italiano nel dettarne le norme circa le successioni testamentarie. Rispetto pienissimo ai voleri dei morenti; sempre però che questo rispetto non si converta in ispregio delle regole di ordine superiore stabilite in ossequio agli interessi morali ed economici della società intera.

Prof. GIOVANNI LOMONACO.

APPENDICE V.

Le acque sorgive nel codice civile italiano.

Il legislatore italiano non si fermò soltanto a proibire la diversione o la distruzione delle acque in danno di chi potesse profittarne ed a riconoscere, secondo pur fecero le legislazioni preesistenti, negli abitanti di un Comune il diritto di non fare deviare il corso delle acque, quando queste fossero loro necessarie. Egli andò ancora più oltre. Egli considerando l'alta funzione che le acque debbono compiere sì per la conservazione della vita degli uomini, che in beneficio dell'agricoltura e dell'industria, non molto si preoccupò dei diritti singoli che i possessori delle medesime potessero vantarci. Così l'articolo 578,

(1) Sentenza del 24 marzo 1876; Dal Pozzo c. Badini. — V. *Gazzetta del Procuratore*, Anno XI, n. 12 (6 maggio 1876).

stabilendo una limitazione al diritto di pro prietà, dispone che il proprietario di un fondo pieno di acque sorgive, non potrà in esso aprire una sorgente, stabilire capi od aste di fonte, canali od acquedotti ovvero fare alcuna opera, che danneggi il proprietario di un'altra sorgente, capi od aste di fonte, canali o acquedotti preesistenti e destinati all'irrigazione dei beni od al giro di edifizi.

Nel diritto romano le facoltà concedute al proprietario di un fondo erano del tutto sconfinate. Le sue ragioni di dominio salivano fino al cielo, scendevano fino al centro della terra: « usque ad cœlum, usque ad inferos », senza limiti di sorta. Ed il diritto di disporre e di godere di un fondo, sia al di sopra, coll'innalzarvi delle costruzioni, sia al disotto col praticarvi degli scavi era assoluto di maniera che si giudicò potere il proprietario di una fontana profondarla liberamente sino a recidere anche la vena di una sorgente altrui. È noto il frammento di Pomponio: « Si in meo aqua erumpat, quæ ex tuo « fundo venas habeat: si eas venas incideris, et ob id desierit « ad me aqua pervenire tu non videris vi fecisse, si nulla ser« vitus mihi eo nomine debita fuerit; nec interdicto quod vi, « aut clam teneris » (1).

Solo inibivasi la recisione della vena quando ciò si praticava per solo fine di recar danno e con dolo, ossia per spirito invido di emulazione. Questa è la sentenza di Marcello (secondo riferisce Ulpiano) il quale scrisse: « Cum eo, qui in suo fodiens, « vicini fontem everterit, nihil posse agi: nec de dolo actionem: « et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed « suum agrum meliorem faciendi id fecit (2). E questa dottrina venne accolta dal Caepolla (3), dal Pecchio (4), dal Dumolin (5), dal Cuiacio (6), e più tardi inserita nel codice Napoleonico venne pur professata dal Romagnosi e dallo stesso Giovanetti. Insorse però contro la medesima primieramente il codice Albertino coll'articolo 62 seguìto dall'articolo 569 del codice estense. E sulle orme di queste legislazioni venne alla luce l'art. 578 del codice italiano il quale ribadì il *novum ius* inaugurato dall'art. 602 del codice sardo. La nuova dottrina impedisce al proprietario della sorgente di profondarla o di fare qualsiasi altra opera, quando con ciò si arrechi danno ad altre sorgenti, o capi od aste di fontane preesistenti, comprendendo così in una generica disposizione qualsiasi fonte naturale od artificiale.

Le ragioni per le quali i nuovi legislatori furono inspirati a ribellarsi contro l'antica dottrina, sancita dal diritto romano,

(1) Leg. 21 D. *de aquae pluviae arc.* XXXIX, 3.
(2) L. 1, § 12, D. *de aqua et aq. pluv. arc.* XXXIX, 3,
(3) *De servit.* Tract. II, cap. IV, numeri 56, 57, 66, 67.
(4) *De servit.*, cap. IX, quaest. 36, n. 48.
(5) XII, pag. 181,
(6) *Recit. in Pand.*, lib. tit. 2.

ricevuta dagli antici scrittori, trasfusa nel codice francese e che venne pur propugnata dal Romagnosi e dal Giovanetti, vennero manifestate con eloquenti parole nell'arresto pronunziato dalla Corte di cassazione di Torino nel dì 20 luglio 1877 nella causa Comune di Rivalta e Società di acqua potabile. Nella suddetta sentenza viene considerato che l'immenso progresso spiegato, col volgere dei tempi, dall'agricoltura e dall'industria ha dimostrato quanta importanza abbiano le acque. Quindi si riconobbe la necessità di provvedere perchè in tema d'acqua una esagerata protezione, che si volesse concedere al proprietario di un fondo non venisse a distruggere i diritti quesiti di altri proprietari, non meno meritevoli di riguardi. Si riconobbe non potersi estendere tanto oltre il diritto di proprietà, da venire alla conseguenza, che anche quando un Comune abbia speso somme ingenti per ridurre a praterie il suo territorio e procurarsi acque irrigatorie con derivazioni o creazioni di fontanili, anche quando un industre proprietario abbia impiegato immensi capitali per costruire una fabbrica, che fa vivere centinaia di operai, possa il proprietario di un fondo superiore che voglia far scaturire le acque nascenti nel sottosuolo (anche a solo scopo voluttuario), spingere, per diritto di proprietà, gli scavi a tale profondità, da intersecare anche le vene acquee, che raccolte in fontanili, servivano ad irrigare i fondi, a dar moto a stabilimenti industriali di spettanza di altri proprietari, lasciando così i prati asciutti, le fabbriche inerti. Se non che la dottrina svolta dal suddetto arresto era stata già pur precedentemente professata con sentenza della Corte di appello di Palermo del 16 febbraio 1872 (*Annali Giuris. Italiana*, 1872, 2, pag. 349) della Corte di appello di Napoli del dì 25 aprile 1873 (*Annali*, anno 1873, 2, 463), della Cassazione di Palermo, 8 marzo (*Annali*, anno 1873, 1, 277), e della Cassazione di Napoli del 7 novembre 1876, nella causa Galdieri e Correale rammentata quest'ultima delle massime di Giurisprudenza civile della Corte di cassazione di Napoli, anno 1876, Parte II, e riportata nella *Gazzetta del Procuratore* (anno 1876, pag. 498). Ci reca però non lieve meraviglia come sotto l'impero del codice italiano il Mazzoni (1) il Dionisotti (2) ed il Traina (3) osino sostenere l'antica ignorando la nuova dottrina.

E di vero a prescindere dalle ragioni eminenti esposte dall'arresto soprascritto della Corte di cassazione di Torino, non si può menomamente dubitare dell'esistenza della nuova dottrina di fronte al dettato del tutto generico e comprensivo dell'articolo 578 il quale espressamente dice: che quegli il quale vuol aprire sorgenti, stabilire capi ed aste di fonte..., oppure

---

(1) *Trattato delle servitù legali*, n. 66.
(2) *Delle servitù delle acque*, n. 151.
(3) TRAINA, *Delle servitù legali*, pag. 152 e 153.

scavarne, profondarne od allargarne il letto...., o variarne la forma, deve oltre le stabilite distanze, osservare quelle maggiori che sieno necessarie a non nuocere alle altrui sorgenti capi od aste di fonte, canali od acquedotti preesistenti.

Ma il suddetto principio di non doversi offendere le fonti, canali ed acquedotti preesistenti da chi volesse aprirne dei nuovi, ha pure una limitazione nella seconda parte dell'art. 578. E di vero nel capoverso di questo articolo il codice italiano sanzionò che ove sorgessero contestazioni tra un proprietario di antichi acquedotti o sorgenti ed un altro proprietario che intendesse nel proprio fondo aprire nuove sorgenti od acquedotti, e venisse dimostrato che le acque del nuovo fontanile od acquedotto servirebbero più utilmente all'agricoltura ed all'industria: in tal caso, abbandonata ogni preferenza dovuta a chi aveva già costruite delle opere, si fa prevalere il maggior vantaggio che all'agricoltura od all'industria può essere conseguito più efficacemente nell'impiego delle acque del nuovo costruttore. In somma in tal rincontro ogni diritto di preferenza, che può sembrare quesito da una più antica esistenza delle opere, cede: i diritti della proprietà si eguagliano, nè l'antico, nè il nuovo possessore possono vantare dei riguardi assoluti, ma signoreggia nel suo pieno impero quel supremo principio da noi più volte rammentato che le acque per la loro natura istessa, non devono rimanere proprietà di alcuni, sotto il possesso esclusivo dei quali spesso verrebbero meno alla sublime loro destinazione di favorire il più che sarà possibile gli sviluppi dell'agricoltura e dell'industria. E si aggiunge che col suddetto disposto il legislatore italiano accese ancora, come dice il Traina (1), una generosa ed assai proficua gara fra gli emuli proprietari. Il nuovo potrà vincere e scalzare l'antico nel senso che egli potrà aver diritto a far tacere l'opera antica, quando dimostri che l'uso al quale l'acqua è da lui destinata o vuolsi destinare è di una maggiore utilità agricola od industriale di quella che proviene dall'uso fatto dal proprietario perdente, cui non sarà dovuta che una indennità proporzionale, in riguardo all'uso al quale egli aveva o potea aver già destinate le sue acque. E gioverà notare come siffatti principii vennero sanciti non solo nel capoverso dell'articolo 578 da noi ora commentato, ma furono pur tradotti in legge nell'articolo 544 col quale s'impone al magistrato che sorgendo controversia fra proprietari rivieraschi a cui l'acqua può essere utile, l'autorità giudiziaria deve conciliare l'interesse dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà. « Così se domani, dice il Gianzana, Tizio « interpretando male un suo diritto di proprietà, ed affidandosi « all'abbandono in cui l'utente superiore della roccia lascia le

(1) TRAINA, *Le servitù legali sulle acque*, pag. 188.

« acque, avrà lungo la stessa costrutto un opificio di vaste pro-
« porzioni, e di utile ad un'intiera popolazione, il magistrato
« non ascolterà le pretese del proprietario superiore, che per
« irrigare due ettari di terra volesse distrarre buona parte del-
« l'acqua della roccia e togliere la forza motrice; riconoscerà
« il suo diritto di proprietà, gli farà dare un congruo inden-
« nizzo che lautamente lo compensi del maggior lucro, che
« avrebbe ottenuto, irrigando i due ettari di terreno, ma non
« pronunzierà la distrazione dell'acqua, e così la rovina di un
« importante stabilimento, occasionando un danno cento volte
« superiore all'utile che al proprietario superiore avrebbe ar-
« recato una favorevole sentenza (1) ».

Prof. E. Jannuzzi.

APPENDICE VI.

Acque demaniali e acque di privata proprietà secondo il codice italiano.

I.

L'articolo 427 del codice italiano estende il numero delle acque da dichiararsi demaniali. Ed in vero nel medesimo, annoverandosi fra le cose del demanio pubblico i fiumi e torrenti, non si legge l'inciso contenuto negli articoli 538 del codice francese, 463 delle leggi civili napoletane, 430 del codice estense e 397 del codice parmense, cioè che i fiumi o i torrenti capaci di navigazione o del trasporto dei legnami, solamente, fanno parte del demanio pubblico.

Invece il dettato della legge italiana riguarda i fiumi e i torrenti senza l'espressione limitativa *flottables et navigables* del codice napoleonico ripetuta poi dalle leggi civili napoletane e da altre legislazioni. L'articolo 427 del nostro codice adunque sanziona che ogni fiume o torrente, sia o no capace d'essere navigato, o di servire come mezzo di trasporto, formi parte del pubblico demanio. Questo concetto viene meglio determinato e ribadito dalla Legge sulle Opere pubbliche del 20 marzo 1865

---

(1) *Le acque nel diritto civile italiano* per Sebastiano Gianzana, Vol. I, p. II, pag. 845.

Allegato F, e specialmente dagli articoli 91, 92, 93, 96, 102, 140 e 174, dai quali si rileva che vengono dichiarate *acque pubbliche* non solo quelle dei fiumi e torrenti navigabili, ma anche quelle appartenenti ai piccoli corsi di acqua *denominati fossati, rivi e colatori pubblici*. Che la sola differenza, che si rinviene tra le une e le altre, si è per la manutenzione, essendo le une a peso dello Stato, le altre dei consorzi e degli interessati.

Il sistema del nostro codice quindi ben si dilunga da quello seguito dalla legislazione francese e dalle altre che più o meno l'imitarono ed ha fecondato sempre meglio in pro dell'agricoltura e dell'industria i principii contenuti in germe nel diritto romano. Del quale non riporteremo certo i testi principali che a prima giunta potrebbero sembrare tra loro contradditorii, ma rammenteremo solo la legge contenuta nel libro XLIII, tit. XII, *de fluminibus*, ove si legge: « Flumina quaedam « publica sunt, quaedam non. Publicum flumen esse Cassius, de- « finit, quod perenne sit. Haec sententia Cassii, quam et Celsus « probat, videtur esse probabilis ». E ne trascriveremo ancora la sintetica definizione che leggiamo nel Pecchio: « Cancer « putat flumen publicum a privato discerni ex eo quod illa « aqua *ita est perennis*, ut publico iuvare possit, secundum « suum naturalem fluxum, tunc dicatur publicum: si vero pu- « blico iuvare non possit secundum suum naturalem cursum, « dicatur privatum » (*De aq*. cap. VII, qu. 4, n. 1). E questa opinione doversi ritenere per private le acque che non sono perenni, il nostro Pecchio la fa addirittura propria quando al paragrafo 19, cap. II, lib. I, vol. I, conchiude dicendo: « ad dif- « ferentiam fluminis publici, quod dicitur tale, quia est perenne « sic ergo acqua torrentis, cum non sit perennis, dicitur pri- « vata, nam torrens hyeme tantum fluit regulariter loquendo ».

Abbiamo detto che il nostro codice ha sempre meglio fecondato i germi virtuosi intorno al regime delle acque contenuti nel diritto romano. In verità il legislatore italiano, a differenza del diritto antico, poco si preoccupa se l'acqua sia *perennis* o soltanto *hyeme fluens*.

Guardando invece l'uso pubblico da un punto di vista assai più eminente generale che non viene ristretto solo al comodo della navigazione o degli altri servigi pubblici che derivano dalle acque perenni, ma che si estende anche a quello dei vantaggi industriali, agrarii ed economici delle acque in generale, siano o no perenni, proclamò il principio di doversi ritenere di proprietà demaniale tutti quei corsi d'acqua, che nella maggior parte dell'anno sono alimentati da tale quantità d'acqua da poter eccitare speculazioni ragionate dell'industria e dell'agricoltura e di un interesse più o meno generale. Che questo fosse il concetto della nostra legislazione, oltre di risultare dai testi di legge innanzi invocati, si rileva pure dalla Relazione 1, pag. 3, del compianto Pisanelli, ove è detto che i torrenti, se, atteso il volume di acqua che conducono e la durata del loro

corso, hanno una rilevante importanza, sono demaniali, altrimenti no. Uniforme a questo nostro assunto fu il parere emesso dal Consiglio di Stato nel dì 9 aprile 1872. In siffatta guisa il codice italiano imitò i principii adottati dall'articolo 420 del codice albertino, il quale, nell'ordinare le cose che formavano parte del regio demanio, annoverava senza distinzione alcuni fiumi ed i torrenti, e venne pur così soddisfatto appieno il sospiro filosofico del Giovanetti, il quale nel suo *Regime delle acque,* capo XIX, così scriveva:

« Noi abbiamo più torrenti, la Sesia, la Gogna, il Terdoppio « che interessano due provincie intiere, altri, la Strona per es. « che interessano molti proprietari. Se le prese d'acqua su que- « sti torrenti fossero regolate da una disposizione analoga al « detto articolo 644 codice francese (543 codice italiano), la « nostra agricoltura idraulica non si sarebbe elevata a questo « grado di prosperità che desta l'ammirazione degli stranieri.

« *Il legislatore deve dunque riserbare allo Stato tutti i fiumi « o torrenti come è stato fatto da noi,* e l'amministrazione pub- « blica potrà allora regolare le concessioni nel modo più favo- « revole ai progressi dell'irrigazione; essa potrà imporre delle « obbligazioni e delle condizioni ai concessionarii, sia nell'inte- « resse pubblico, sia nell'interesse collettivo di tutta una con- « trada, o di più vicini; potrà infine trarne un profitto in van- « taggio del nazionale tesoro, stando nei limiti di una mode- « razione giudiziosa ».

II.

Ma non bastò avere coll'art. 427 esteso il novero delle acque appartenenti al demanio pubblico. Venne altresì ritenuto necessario governare l'uso o il dominio delle acque di ragion privata, e sempre col generoso e nobile fine di far soddisfare anche a queste quell'alto mandato cui vennero deputate da natura, di dover cioè beneficare più o meno l'universale degli uomini. Una delle conseguenze più notevoli del suddetto supremo principio che informa il codice italiano in tutte le sue disposizioni relative alla materia delle acque, è quella consacrata nell'art. 545. Contiene questo articolo una sapiente restrizione del diritto di proprietà per coloro, che possedendo delle acque, intendessero senza alcuno loro vantaggio disperderle in danno di altri fondi ai quali potessero profittare. Questa così generosa e nobile dottrina è interamente italiana, chè finora nemmeno è trascritta nel codice francese. Già sin dal XVI secolo i duchi di Savoia avevano creato il Tribunale delle acque.

Questo era inteso a provvedere affinchè le acque non restassero inutili od oziose, e per obbligare coloro che ne possedessero una quantità maggiore dei propri bisogni, a venderla

cui ne facesse difetto (*Decisiones Senatus Pedemontani collectae ab Antonio Thesauro, cum additionibus Gasparis ejus filii.* Decis. 244, l. 5). E successivamente le Regie Costituzioni, pubblicate verso la fine del secolo XVIII dai Re di Sardegna, imposero a coloro che possedevano acque, di non disperderle; sotto pena del pagamento di venticinque scudi.

Taluni, e fra questi il nostro Pacifici Mazzoni, per giustificare un tale principio fanno ricorso alle note massime di equità naturale, spesso invocate in fatto di servitù: *quod tibi non nocet et alteri prodest, faciendum est: malitiis haud indulgendum.* Ma il Pecchio nel suo trattato *de aquaeductu* Libr. 1, cap. VII, *questio* VIII, ac. 7, ragionando più a fondo su questa dottrina, dopo avere invocati parecchi luoghi del diritto romano stabilisce le seguenti due ragioni fondamentali di stretto diritto e non di sola equità, dalle quali la medesima è confermata. 1.° *Interest republicae ut nemo re sua male utatur,* e dice che *male utitur re sua qui ad alterius invidiam sine ipsius utilitate aquam deperdit.* 2.° Che il consorzio civile è interessato che le campagne diano i maggiori frutti e quindi la ricchezza sociale abbondi, e questo vantaggio non si potrebbe ottenere *nisi aqua mediante,* senza l'uso delle acque e però di buona o cattiva voglia, *velit nolit,* ciascuno debba essere costretto a cedere le acque che a lui tornano oziose a colui che ne ha difetto. Il Pecchio conchiude il suo ragionamento con queste parole: *Conclusio vicinum non posse aquam in proprio fundo scaturientem ad loca inferiora defluentem absque ipsius utilitate aliunde divertere, et praecipue si eo unice aquam divertat ut inferior hujusmodi aquae beneficio nullo modo gaudere valeat. Quae conclusio non solum procedit de aequitate, sed etiam de rigore juris.*

E qui gioverà ancora notare come i ragionari, invocati dal Pecchio su questo argomento, sono derivati da quegli eterni canoni di ragione che intorno al concetto vero e razionale del diritto di proprietà dettava il Vico, quando diceva: *Prudens utiliatum destinatio, hoc est destinatio facta ratione, non cupiditate suadente, gignit dominium.* De U. U. I. P. et F. M. L. XXI. Sì evidentemente il diritto di proprietà, il dominio sulle cose non può essere altrimenti generato che dal fatto di riparare alle proprie necessità della vita, non certo per sfogare vuoti capricci o una vile invidia dell'altrui fortuna. Quando il possessore delle acque col disperderle, coll'annientarle dichiara che a lui le medesime sono inutili, da questo fatto, da questa dichiarazione istessa si genera l'abdicazione, la cessazione del suo stesso diritto di proprietà, perchè ripetiamo, l'esistenza di questo diritto presuppone l'ineluttabile coesistenza di più estremi e fra questi di un bisogno della vita umana da soddisfare. Ora quando quest'ultimo viene dichiarato inesistente e per giunta si cerca dal possessore annientare l'utilità istessa, con ogni buon diritto interviene il potere sociale a dichiarare sciolto ogni le-

game di proprietà tra la cosa ed il possessorei e permette che l'utilità che si tentava distruggere, non più annientata, ma usufruita da altri, compia quella naturale destinazione che l'Eterno Creatore impose a tutti gli uomini ed a tutte le cose che risiedono sulla terra.

Prof. RICCARDO JANNUZZI.

APPENDICE VII.

Degli articoli 427 e 543 del codice civile combinati coll'articolo 1.° della legge 20 marzo 1865 All. F.

La Direzione generale del Demanio, procedendo nel grave compito di accertare ed inventariare il patrimonio dello Stato, ha incontrato ed incontrerà ancora una difficoltà, per uscire dalla quale devono servire di guida gli articoli di legge sui quali imprendiamo a ragionare. Questa difficoltà, consiste nel non perdere di vista il criterio esatto che determina in quali casi possa la Direzione stessa colpire di un canone le derivazioni d'acqua che servono' ad usi agricoli ed industriali ed in quali no. Ora noi crediamo che questo criterio non sia sempre fedelmente seguito da quella Amministrazione. I principii a cui si inspirava il Consiglio di Stato, nel pronunciare un voto che ci piace riferire, provano abbastanza che questa nostra opinione è ben fondata.

Si trattava del proprietario di un fondo ottraversato da una corrente per nome Benera, il quale aveva costruito nel detto fondo un opificio ed eretto alcuni manufatti nel letto e sulle rive, onde usare della forza motrice dell'acqua. A costui era stato intimato dal Prefetto della Provincia di cessare dall'opera: egli aveva sporto ricorso al Ministero dei Lavori Pubblici, che sentito il Consiglio Superiore pronunciava decreto contrario al ricorrente. Per ultimo si presentava al Consiglio di Stato, il quale dichiarava che: visti i decreti del Prefetto e del Ministero dei Lavori Pubblici:

« Considerando che N. N. insiste per ottenere la revoca tanto del decreto del Ministero quanto di quello del Prefetto, addu-

cendo sostanzialmente che la Benera non è acqua pubblica, ma privata, perchè scorre in mezzo a proprietà private, che l'alveo in un sol punto raggiunge i sette metri e per lo più è di quattro o cinque metri soltanto, che non ha alcuno degli estremi per cui possa dirsi d'interesse generale, che i proprietari dei beni contigui sempre ne disposero a loro beneficio, ed in un tempo serviva ad animare un molino posto sul podere di N. N. e di conseguenza è una semplice roggia, come ebbe il governo a riconoscere, non avendo mai preso ingerenza nelle opere eseguite in questo corso d'acqua, e non fu provato il contrario coi decreti contro i quali reclama;

« Considerando che per le relazioni dei periti e per le osservazioni fatte dall'Ufficio del Contenzioso Finanziario la Benera può dirsi un proprio e vero torrente (1), ed ove pure ciò volesse negarsi, è poi senza alcun dubbio compresa nel novero dei rivi e colatori pubblici costituenti un corso d'acqua pubblica, tanto a sensi del codice civile, quanto della legge sulle Opere Pubbliche.

« Che N. N. avendo mutato l'inalveazione d'un tronco della Benera e praticato una derivazione d'acqua da esso, senza autorizzazione e concessione preventiva, ha quindi violata la legge e fondati in diritto e in fatto si appalesano i decreti contro i quali egli reclama:

« Che la preesistenza sul fondo di N. N. d'un molino animato dalla Benera non può escludere la legittimità dei fatti provvedimenti e solo può dar luogo a discutere se e quali diritti possano competere a quello per una determinata presa di acqua, ma intanto qualunque essi siano, non poteva eseguire

(1) A questo punto si rannoda un'altra quistione sulla quale per la analogia che ha con quella che trattiamo, crediamo opportuno aggiungere qualche parola: la questione sulla estensione della voce *torrenti* usata dall'art. 427 del codice civile. La nostra opinione in proposito è che non si deve dare alcuna importanza al significato che a quel vocabolo si attribuisce comunemente (e così anche nei migliori dizionarii di lingua come quelli del Tommaseo e del Fanfani), quello cioè di corpi d'acqua discontinui, che in poco tempo passano dall'abbondanza minacciosa alla siccità più completa: imperocchè non vi sarebbe ragione che il legislatore avesse dovuto porre siffatte acque alla stregua dei fiumi. Sottoscriviamo invece all'opinione dei professori BELLAVITE (*Lezioni*, Padova, lit. Galeazzi, vol. II, pag. 139) e PACIFICI-MAZZONI (*Cod. civ. it. commentato*, vol. I, pag. 78). — Vedi anche SCIALOJA, *Com. cod. proc. civ.*, parte II, lib. I, tit. VII, cap. VIII, sez. 1.ª, n. DCCCLXXXIX, i quali vogliono che il legislatore abbia inteso parlare di corsi d'acqua d'importanza tale da destare ragionevoli speculazioni di industria e agricoltura; non senza osservare come questo concetto vada interpretato restrittivamente per non contraddire all'art. 543, il quale dichiara che vi sono delle correnti le quali non sono demaniali (e quindi non sono torrenti) e pure servono all'industria e all'agricoltura: cosicchè noi verremmo a concludere che torrenti nel senso dell'art. 427 sono solamente quei corsi d'acqua che sebbene non siano segnati fra i fiumi nelle carte geografiche, tuttavia sono di tale importanza da richiedere le stesse provvidenze legislative.

lavoro o variazione alcuna senza averne ottenuto l'approvazione;

« Riferendosi ai voti emessi dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici in data 20 giugno e 23 ottobre 1875;

« Opina che il ricorso di N. N. meriti d'essere respinto.

« Pronunciato li 29 dicembre 1875 ».

La Direzione del Demanio in base a questo parere del Consiglio di Stato impose, col mezzo della locale Prefettura, ad N. N. un canone annuo per l'uso della detta acqua della Benera.

In questo procedimento vi è un grave errore, si confonde la ingerenza governativa per il regime delle acque affidato al Ministero dei Lavori Pubblici, coi diritti fiscali del Demanio: e ciò per la erronea interpretazione che si fa dell'art. 1 della legge 20 marzo 1865 All. *F.*

L'art. 1 (*f*) di questa legge statuisce che sono di competenza del Ministero dei Lavori Pubblici le acque pubbliche, e così i fiumi, torrenti, rivi e canali di scolo artificiale.

L'art. 427 codice civile dichiara demaniali i fiumi e i torrenti; e l'art. 543 dello stesso codice aggiudica ai rivieraschi le acque correnti che non sono demaniali (cioè fiumi o torrenti), nè nel dominio privato.

Bisogna coordinare fra loro queste disposizioni diverse.

I corsi d'acqua enumerati dall'art. 1 citato sono senza dubbio tutti quelli compresi e dall'art. 427 e dall'art. 543 del codice civile; oltre i fiumi e torrenti, rivi e colatori non si saprebbe quali altri corsi d'acqua si possono considerare, esclusi sempre quelli che sono nel dominio privato.

Qui sta il nodo vitale della quistione.

Se gli art. 427 e 543 hanno complessivamente preso in considerazione tutte le correnti, e il 427 ha dichiarato le une acque demaniali, mentre per le altre il 543 ha riconosciuto nei proprietari dei fondi costeggiati od attraversati un diritto d'uso così esteso da potersi definire dominio, limitato solo dall'obbligo di rendere le colature; se più tardi l'art. 1 (*f*) della legge sulle Opere Pubbliche da solo ha preso in contemplazione tutti quegli oggetti sotto uno stesso punto di vista e li ha coinvolti tutti in una stessa determinazione, li ha posti allo stesso livello, bisogna necessariamente concludere che lo scopo di quest'ultimo articolo è diverso da quello degli altri. Ma ciò che toglie ogni dubbio è il carattere stesso della legge speciale nominata la quale non si occupa affatto della proprietà e dei diritti di uso sulle acque, sia nei rapporti dei privati, sia in quelli del pubblico erario, ma intende soltanto a governare il regime e la polizia delle acque, nell'interesse pubblico, indipendentemente dal diritto di proprietà. E' una vera tutela che lo Stato esercita sull'uso dell'acqua onde impedire e prevenire danni pubblici, o quell'alta sorveglianza di che parla Romagnosi (1).

---

(1) *Del regime delle acque.* § XIX (Venezia, Tip. della *Gazzetta,* 1873).

E' naturale adunque che l'esercizio di siffatta tutela limiti la libertà d'azione e riesca di vincolo all'esercizio indipendente della proprietà, come necessariamente fanno quasi tutte le leggi e i regolamenti, suntuari, sanitari, edilizi e simili, che in vista del pubblico interesse si interpongono a circoscrivere l'uso ed imporre condizioni al godimento della proprietà privata. Ma tutte queste considerazioni non possono giustificare l'esazione di un canone a favore del Demanio, quasichè per ciò solo che lo Stato ha diritto a sorvegliare le opere che si erigono sui corsi di acqua debbono le acque stesse costituire una regalìa.

Senonchè ci si è fatta questa obiezione: — Sta bene - si è detto — ma in sostanza voi trovate che se la Direzione del Demanio nell'agire e il Consiglio di Stato nel dettare le sue osservazioni peccano di fiscalismo, ciò accade soltanto perchè dimenticano l'articolo 543 e gli importanti diritti che esso ha largito ai rivieraschi; ma sapete che quell'articolo è tutt'altro che una gloria del codice che quel profondo conoscitore della materia, quale era il Giovanetti, nel progetto di codificazione pei diritti d'acqua, che egli ha presentato al Governo francese, non lo ha ripetuto; anzi nelle dichiarazioni accompagnatorie di quel pregiato lavoro ha espressa la sua disapprovazione per esso (1)? Non sapete che chiarissimi ingegni sono convinti ché quelle disposizioni vanno intese nel più stretto significato possibile, e che con molta finezza è stato osservato che l'art. 543 si riferirebbe soltanto alle piccole ramificazioni dei fiumi?

Rispondiamo che a dare al concetto dell'art. 543 tutta la sua legittima importanza e la massima estensione dovrebbe bastare l'autorità di Caepolla (2), di Romagnosi (3), e, più che tutto, quella del diritto romano, i cui principii, quantunque si sviluppassero in un tempo nel quale erano pressochè ignote le molteplici forme sotto cui l'acqua costituisce un vero fattore di ricchezza, tuttavia hanno portato anche in questa materia la loro ammirabile virtù di chiarezza e di precisione. In una delle più recenti opere sul diritto delle acque, quella del prof. Wodon, questi principii sono constatati e raccolti sotto le espressioni seguenti « . . . . . dans le cas ou plusieurs personnes avaient de part et d'autre la rivière publique non navigable pour confins... la loi romaine considérait l'eau de la rivière comme commune entre les riverains. Rien n' empèche, disait le droit romain, de prendre l'eau à ces fleuves publics, à moins que l'empereur ou le sénat ne le defende (L. 10 § 2, D. 39, 3).

(1) Consulta in proposito: MANTELLINI, *Conflitti di attribuzione*, pagine 124, 140.

(2) T. 2, cap. 4, n. 40; cap. 31, n. 5.

(3) *Condotta delle acque*, parte I, lib. I, sez. I, cap. VII.

Mais on n'en pouvait détourner l'eau d'une manière qui pût nuire à autrui.... (1) ».

Osservando come la concordanza fra il concetto di « riviera pubblica » e quello di « comune fra i rivieraschi » sancita dal diritto romano abbia molta analogia colla combinazione che ci siamo studiati di fare tra l'art. 1 della legge del 1865 e l'articolo 543 del codice civile, crediamo che meglio di qualunque ragionamento possano valere le riferite espressioni a giustificare la nostra tesi, a dimostrare cioè che giustamente osiamo dissentire dalla autorevole opinione della Direzione Generale del Demanio e del Consiglio di Stato (se pure il parere che abbiamo citato deve avere l'interpretazione che gli si è data), e riteniamo anche le disposizioni di legge riguardanti i corsi di acqua, e cioè gli articoli 427 e 543 codice civile e l'art. 1 della legge 20 marzo 1865, All. F, impongono bensì ai rivieraschi di conoscere una giusta ingerenza per parte del Ministero dei Lavori Pubblici, una sorveglianza sulle opere, ma non già di sostenere nessun onere materiale, o più precisamente di corrispondere un canone.

Abbiamo creduto che il caso meritasse di richiamare l'attenzione degli studiosi per la frequenza con cui si presenta nella pratica.

Dott. Enrico Gadda.

APPENDICE VIII.

Dei consorzi.

Crediamo utile far cenno dell'importante materia dei consorzi volontari ed obbligatori; ma limitandoci a riportare soltanto le disposizioni legislative.

Ecco anzitutto ciò che prescrive il codice civile negli articoli 657 a 661:

« Art. 657. Coloro che hanno interesse comune nella derivazione, e nell'uso dell'acqua o nella bonificazione o nel prosciugamento dei terreni, possono riunirsi in consorzi, affine di provvedere all'esercizio, alla conservazione ed alla difesa dei loro diritti.

---

(1) Wodon, *Droit des Eaux*, Bruxelles, 1874, lib. I, tit. II, capo III, pag. 18.

« L'adesione degl'interessati e il regolamento del consorzio devono risultare da scritto.

« Art. 658. Costituito il consorzio, le deliberazioni della maggioranza di esso nei limiti e secondo le norme stabilite nel regolamento relativo, avranno il loro effetto in conformità dell'art. 678.

« Art. 659. La formazione di tale consorzio può anche venire ordinata dall'autorità giudiziaria sulla domanda della maggioranza degl'interessati, e sentiti sommariamente gli altri, quando si tratti dell'esercizio, della conservazione e della difesa di diritti comuni, dei quali non sia possibile la divisione senza grave danno. In tal caso il regolamento proposto e deliberato dalla maggioranza è pure soggetto all'approvazione dell'autorità giudiziaria.

« Art. 660. Lo scioglimento del consorzio non ha luogo se non quando sia deliberato da una maggioranza eccedente i tre quarti, o quando, potendo la divisione effettuarsi senza grave danno, essa venga domandata da qualunque degli interessati.

« Art. 661. In tutto il rimanente si osserveranno per tali consorzi le regole stabilite per la comunione, la società e la divisione».

La facoltà di costituire consorzii era già riconosciuta in Italia da leggi diverse che vi avevano vigore. Si fece un passo più avanti consigliato dai Giovanetti. Si resero obbligatori, sulla richiesta della maggioranza degl'interessati quando si tratta dell'esercizio, della conservazione e della difesa di diritti comuni, dei quali non sia possibile la divisione senza grave danno.

La potenza dell'associazione è così grande, così universalmente riconosciuta, che anche negl'interessi privati vuol essere favorita, provvedendosi a che il capriccio e l'indifferenza di pochi fra gl'interessati non sia di ostacolo al vantaggio certo di molti.

Niun dubbio che la legge civile deve esser cauta nell'ammettere il sistema delle maggioranze, perchè esse costituiscono una violenza alla volontà di quelli che sono in minor numero. Ma trattandosi di interessi comuni nella derivazione o nell'uso dell'acqua, nella bonificazione o prosciugamento di terreni paludosi, e perciò di operazioni aventi un vantaggio materiale ed evidente, era questo uno dei casi in cui il rigore del diritto doveva cedere al principio di convenienza. Si ebbe però cura di tutelare anche gl'interessi della minoranza richiedendo l'intervento dell'autorità giudiziaria, per la formazione coattiva e pel regolamento del consorzio (1).

L'articolo 678, cui si porta l'articolo 658, è così concepito: 678. « Per l'amministrazione e pel migliore godimento della

(1) Rel. del ministro PISANELLI sul progetto del codice civile italiano. — GIOVANETTI, *Du régime des eaux*, § 37.

« cosa comune, le deliberazioni della maggioranza dei parteci-
« panti sono obbligatorie anche per la minorità dissenziente.

« Non vi è maggioranza se non quando i voti, che concor-
« rono alla deliberazione, rappresentano la maggiore entità
« degl'interessi che costituiscono l'oggetto della comunione.

« Se non si forma una maggioranza, o se le deliberazioni di
« essa risultano gravemente pregiudizievoli alla cosa comune,
« l'autorità giudiziaria può dare gli opportuni provvedimenti,
« ed anche nominare all'uopo un amministratore ».

Si sarebbe voluto che fossero più estesi i poteri attribuiti alla maggioranza dei comunisti, ma prevalse l'opinione, che attribuendo alla maggioranza il diritto di obbligare la minoranza non solo nell'amministrazione e nel godimento della cosa comune, ma anche in tutte le altre controversie, si lederebbero i diritti di proprietà, la qual cosa sarebbe esorbitante.

Neppure si credè aderire alla proposta fatta che per costituire la maggioranza non dovesse riguardarsi alla sola entità degl'interessi com'è stabilito in questo articolo, ma ben anche al numero dei comunisti, perchè in fatto di comunione di beni l'unico elemento per costituire la maggioranza deve realmente essere l'entità dell'interesse che ciascheduno ha sulla cosa comune.

Giova intanto avvertire che il secondo capoverso di tale articolo era nel progetto ministeriale concepito nei seguenti termini:

« Se non potrà formarsi una maggioranza, o se le delibera-
« zioni di essa risultino gravemente pregiudizievoli alla cosa co-
« mune potrà l'autorità giudiziaria nominare un amministratore
« non ostante il disparere dei partecipanti ».

La Commissione Senatoria lo modificò leggermente come giace nel testo per autorizzare all'occorrenza i Tribunali a dare quei provvedimenti che fossero sufficienti a risolvere le difficoltà ed a far cessare le controversie prima di venire alla misura estrema della nomina di un amministratore, la qual cosa parve equa e nel tempo stesso consentanea al concetto della disposizione contenuta in quel capoverso (1).

La legge sui lavori pubblici contiene nel capo II le seguenti disposizioni circa l'ordinamento dei Consorzi per le opere di difesa sulle acque pubbliche.

---

(1) Rel. della Commissione Senatoria Italiana sul progetto del codice la legge sui lavori pubblici dei 20 marzo 1865 e regolamento per la delle acque pubbliche degli 8 settembre 1867.

Sezione I. — Costituzione dei consorzi.

Art. 105. A formare i consorzi per le obbligazioni dichiarate nel capo I di questo titolo concorrono in proporzione del rispettivo vantaggio i proprietari dei beni vicini e continuativi, laterali a fiumi e torrenti, posti in pericolo di danno presente, prossimo e remoto.

S'intendono compresi fra questi beni anche le proprietà esenti dall'imposta fondiaria, le officine, i fabbricati di ogni genere, gli stabilimenti industriali, le strade pubbliche e le opere di fortificazione.

I beni predetti saranno classificati per ordine ed in ragione dello interesse diverso che possono avere nello eseguimento dei lavori di difesa e nella loro conservazione.

Art. 106. Lo Stato, le provincie ed i Comuni partecipano al consorzio come proprietari di beni soggetti a danno ed indipendetemente alla quota di concorso cui fossero obbligati nell'interesse generale.

Art. 107. I comuni possono essere chiamati a far parte dei consorzi per argini e ripari sui fiumi e torrenti, quando tali opere giovino alla difesa dei loro abitati, quando si tratti d'impedire i disalveamenti, e finalmente quando i lavori possono coaudivare alla conservazione del valore imponibile del rispettivo territorio.

Art. 108. Ove non esista consorzio per la costruzione o conservazione dei ripari ed argini, nè potrà a cura degli interessati essere promossa la costituzione, presentando al sindaco, ove si tratti di opera di un interesse concernente il solo territorio comunale, ed al prefetto in ogni altro caso, gli elementi sufficienti per riconoscere la necessità delle opere, la loro natura e la spesa presuntiva, non meno che l'elenco dei proprietari, i quali possono venir chiamati a concorso.

Il sindaco o rispettivamente il prefetto fa pubblicare la domanda nel Comune o Comuni in cui sono posti i beni che si vorrebbero soggetti a concorso, e decreta la convocazione di tutti gl'interessati dopo un congruo termine, non minore di quindici giorni dalla pubblicazione anzi accennata.

In seguito al voto espresso dagl'interessati comparsi, il consiglio comunale, o rispettivamente il consiglio provinciale delibera sulla costituzione del proposto consorzio, statuendo sulle quistioni e dissidenze che fossero insorte.

Questa deliberazione per divenire esecutiva deve essere omologata dal prefetto.

Art. 109. Nel caso di opposizione da parte degl'interessati o di negata omologazione, è aperto l'adito al ricorso, se trattasi di altro consorzio d'interesse comunale, alla deputazione pro-

vinciale, e se trattasi di altro consorzio al ministero, che deciderà, sentito il Consiglio dei lavori pubblici ed il Consiglio di Stato.

Art. 110. Quando gli interessi di un consorzio si estendano a territori di diverse provincie, la costituzione di esso è riservata al ministero, sentiti i rispettivi consigli provinciali.

Potrà essere istituito per legge un consorzio generale di più provincie e di più consorzi speciali che hanno interesse in un determinato fiume o sistema idraulico per provvedere a grandi opere di difesa, rettificazione, inalveamento, ed alla loro manutenzione.

Sezione II — Organizzazione dei consorzi.

Art. 111. Ordinato e reso obbligatorio il consorzio, l'assemblea generale degl'interessati procede alla nomina di una deputazione o consiglio d'amministrazione, ed alla formazione di uno speciale statuto o regolamento, e delibera sul modo di eseguire le opere e sui relativi progetti tecnici.

Art. 112. L'assemblea generale potrà domandare le sue attribuzioni ad un consiglio di delegati eletti a maggioranza relativa di voti.

Art 113. I consorzi istituti unicamente per concorrere nelle spese delle opere della seconda categoria hanno l'esclusiva amministrazione delle rispettive rendite di qualunque natura, e debbono essere consultati previamente, quando vogliasi procedere ad opere nuove straordinarie.

Nelle rendite e doti dei consorzi sono compresi i prodotti degli argini e golene.

Alle rappresentanze di tali consorzi spetta pure il provvedere pel riparto delle imposizioni, per la loro esazione e pel versamento nelle casse dello Stato.

Art. 114. Un consorzio istituito per l'eseguimento di un'opera s'intende continuativo per la sua perpetua conservazione, salvo che la sopravvenienza di qualche variazione nel corso del fiume o torrente consenta di abbandonare la detta opera, od una variazione di circostanze obblighi ad ampliare, restringere o comumque modificare il consorzio stesso.

La cessazione o le modificazioni essenziali del consorzio debbono essere deliberate ed approvate nei modi stabiliti per la costituzione di un nuovo consorzio.

Art. 115. Trattandosi di opere per le quali possono essere chiamati a contribuire lo Stato o le provincie, il consorzio formatosi regolarmente fa istanza in assemblea generale per ottenere il concorso sovraccennato.

Le relative deliberazioni sono comunicate al consiglio pro-

vinciale ed al ministero dei lavori pubblici per la loro adesione al chiesto concorso.

Qualora il ministero predetto od il consiglio provinciale si rifiutino al concorso, il consorzio potrà reclamare al Re, il quale decide sull'avviso del Consiglio di Stato, e sentito il Consiglio superiore dei lavori pubblici.

Nei casi in cui è assentito il concorso, il governo e la provincia saranno rappresentati nelle assemblee generali e nei consigli d'amministrazione del consorzio, e le deliberazioni che importino spesa non saranno valide senza l'approvazione rispettivamente del prefetto e della deputazione provinciale.

Art. 116. I consorzi esistenti sono conservati, e tanto nella esecuzione, quanto nella manutenzione delle opere, continueranno a procedere con osservanza delle norme prescritte dalla loro istituzione.

Entro tre anni però dalla pubblicazione della presente legge, gli statuti e regolamenti dei singoli consorzi saranno sottoposti a revisione dalla rappresentanza legale dei medesimi, ed alla approvazione di conformità alla presente legge.

Art. 117. Gli statuti e regolamenti dei consorzi saranno approvati, omologati e fatti soggetto di ricorso, secondo le norme sancite dagli articoli 108 e 109 per la costituzione dei consorzi stessi.

Art. 118. I bilanci dei consorzi sono deliberati dalle assemblee generali o dal consiglio dei delegati nel caso previsto all'articolo 112, colla approvazione o del prefetto o della deputazione provinciale, quando o lo Stato o la provincia concorrano nelle spese.

Le altre deliberazioni delle assemblee generali e del consiglio d'amministrazione sono soggette alle prescrizioni di legge sulle deliberazioni dei Consigli e Giunte comunali, in quanto dagli speciali statuti e regolamenti non si provveda altrimenti.

Art. 119. La misura della imposta prediale per ciascun fondo serve di base al riparto dei contributi nei consorzi, salve le consuetudini e convenzioni speciali, e salvi gli effetti della diversa tangente, come all'ultimo alinea dell'articolo 105.

Il valore imponibile dei beni indicati nel primo capoverso dell'articolo suddetto sarà determinato dal consorzio, ed in caso di contestazione, stabilito dalla deputazione provinciale, sentiti gli interessati.

L'esazione delle quote di contributo si farà colle forme e coi privilegi della imposta fondiaria.

G. T.

APPENDICE IX.

Servitù degli scoli.

Nel seno della commissione coordinatrice del cod. civ. ital. s'impegnò lunga ed interessante discussione sull'art. 637 del codice corrispondente all'articolo 654 del progetto. Crediamo opportuna riportarla, perchè sparge molta luce sul sistema seguito dal nostro codice. Gli articoli 654 e 672 del progetto, corrispondenti agl'articoli 637 e 655 del codice son così concepiti:

Art. 654. « Gli scoli derivanti d'altrui fondo possono costituire una servitù attiva a favore del fondo che li riceve all'effetto d'impedire la loro diversione.

« Allorchè il modo d'acquisto di tale servitù sarà la prescrizione, questa non si riterrà incominciata se non dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante avrà fatto sul fondo servente opere visibili e permanenti destinati a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio, oppure dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia incominciato o continuato a goderli, non ostante un atto formale d'opposizione per far parte del proprietario del fondo servente.

Art. 672. « La servitù degli scoli aquistata col solo possesso non toglie al proprietario del fondo servente il diritto di cambiare la coltivazione del suo fondo, ed anche di abbandonare in tutto od in parte la irrigazione ».

Ecco ora la discussione come dai processi verbali:

Si passa quindi alla quistione mossa nella seduta di ieri intorno alla servitù degli scoli.

Il presidente annuncia come avendo, secondo le intelligenze prese, esaminata la proposta fatta dall'onorevole Mancini in ordine alla prima parte dell'art. 654 (*art. 673 del Cod.*), egli sia perciò in grado di riferirne; e nel tempo stesso nota come rispetto al tema della servitù degli scoli, oggetto del detto articolo 654 e del successivo art. 672 (*art. 655 del Cod.*), egli senta il debito di rassegnare alla Commissione alcuni suoi dubbi ed alcune sue proposte.

Desiderava l'onorevole Mancini, che alla fine del primo periodo di detto art. 654, si aggiungessero le seguenti parole — *a favore di terzi, salvo al proprietario del fondo servente di valersene liberamente per ogni uso e comodità del fondo stesso.*

Il riferente, salvo ad esaminare se non sia il caso di determinare più ampiamente i diritti del proprietario del fondo ser-

vente all'art. 672, crede non occorra di aggiungere le mentovate parole — *a favore dei terzi* — e ciò per le due considerazioni seguenti:

1.° Perchè fissati coll'art. 672 i diritti rispettivi del proprietario del fondo dominante e del fondo servente nel modo ivi indicato, rimane abbastanza escluso, che il proprietario del fondo servente possa divertire le acque a favore di terzi e a pregiudizio della servitù.

2.° Perchè, oltre a ciò, il diritto del proprietario del fondo dominante ha una garanzia ampiissima nelle disposizioni dell'art. 560 (1) (*art. 543 del Cod.*).

Passando quindi ad altre considerazioni osserva, come esaminando il detto art. 654, e ritenuto che pel disposto dell'arl'art. 647 (*art. 630 del Cod.*) le servitù discontinue siano o non siano apparenti non potrebbero stabilirsi, che mediante un titolo, egli siasi fatto carico di esaminare se per avventura non contrastasse a questo principio il disposto del detto art. 654, secondo il quale fra i modi di acquistare la servitù degli scoli, è annoverata la prescrizione.

La ragione di dubitare, prosegue l'oratore, poteva nascere dacchè la servitù degli scoli avendo una causa interpolata, e l'esercizio della medesima richiedendo il fatto dell'uomo, si appalesasse per sua natura servitù discontinua; tale diffatti la qualificarono il Pecchi ed il Romagnosi, tale la ritenne la giurisprudenza.

Ma soggiungeva, credere egli che cessasse ogni cagione di timore per le successive disposizioni dello stesso articolo 654, cioè *allorchè il modo d'acquisto di tale servitù sarà la prescrizione, questa non si riterrà incominciata se non dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante avrà fatto sul fondo serviente opere visibili e permanenti destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio.* Dal che derivasse, che la servitù degli scoli, comechè segnata da opere visibili e permanenti fatte sul fondo serviente, assume il carattere di servitù continua; e quindi rimanesse esclusa ogni incoerenza tra il principio consacrato nel citato articolo 647 e il disposto dell'articolo 654.

Un altro esempio di simil guisa, diceva l'onorevole presidente, aversi appunto nell'art. 656 (2) (*art. 641 del Cod.*) desunto dallo articolo 640 del codice sardo.

---

(1) Art. 560. « Qualunque proprietario o possessore d'acque può servirsene a suo piacimento od anche disporne a favore d'altri, ove non osti un titolo o la prescrizione; ma dopo essersene servito non può divertirle in modo, che si disperdano in danno di altri fondi, a cui potessero profittare senza cagionare rigurgiti od alcun altro pregiudizio agli utenti superiori, e mediante un equo compenso da pagarsi da chi vorrà profittarne ove si tratti di sorgente o di altra acqua spettante al proprietario del fondo superiore ».

(2) Art. 656. « Il diritto di servitù comprende tutto ciò che è necessario per usarne.

La servitù della presa d'acqua, così a termini del diritto romano, come della giurisprudenza subalpina, poteva essere continua o discontinua, secondo i casi. Nel codice sardo si volle definitivamente stabilire, che la servitù di presa d'acqua cadesse nel novero delle servitù continue ed apparenti: ma appunto per fissarvi cotesto carattere, vi si determinarono condizioni conformi; quindi si dichiarò continua ed apparente la servitù di presa d'acqua, in quanto la medesima venisse esercitata per mezzo di canale od altra opera visibile e permanente.

Questa stessa disposizione e colle stesse qualificazioni si scorge appunto adottata nel citato art. 656 del progetto della Commissione senatoria.

Quindi l'onorevole presidente invita la Commissione ad esaminare se, essendo identiche le condizioni, o si tratti della presa d'acqua, o si tratti della servitù degli scoli, non sia il caso di accennare espressamente, che la servitù degli scoli è una servitù continua ed apparente, e così di farne menzione in detto art. 637; nel qual caso egli crede che dovrebbe dirsi. — *La servitù degli scoli e la servitù della presa d'acqua per mezzo di canale o di altra opera visibile e permanente ..... cadono nel novero delle servitù continue ed apparenti,* ecc.

Il presidente poi fa un'ultima osservazione intorno all'art. 672.

La servitù degli scoli, egli dice, è servitù per sua natura condizionata.

« È per sè evidente, citando a tal uopo le parole del Roma-
« gnosi, che la facoltà di godere degli scoli, e quindi la servitù
« *sia contrattuale, sia posseduta,* riposerà intieramente sopra
« di una condizione dipendente dalla volontà altrui, talchè, dovrà
« sempre dirsi, che il padrone della servitù godrà della ragione
« degli scoli solamente nel caso che si effettui l'irrigazione del
« fondo superiore ».

É dunque condizionata, conchiude egli, sia ch'ella venga costituita per titolo, sia che si acquisti col solo possesso, ossia in via di prescrizione; perciò egli crede che debbansi togliere dall'art. 672 le parole — *acquistata col solo possesso.*

In fine poi, soggiunge ancora l'oratore, siccome senza dubbio, quando siffatta servitù sia costituita per titolo, sarà pur sempre in facoltà dei contraenti il convenire, che il proprietario del fondo servente non possa mai per nessun caso privare il pro-

---

« Così la servitù di attingere acqua alla fonte altrui racchiude il diritto del passaggio nel fondo dove la fonte si trova.

« Parimente il diritto di far passare le acque nel fondo altrui comprende quello di passare lungo le sponde del canale per vigilare la condotta delle acque, e di farvi gli spurghi e le riparazioni occorrenti.

« Nel caso in cui il fondo venisse chiuso, dovrà il proprietario lasciarne libero e comodo l'ingresso a chi esercita il diritto di servitù per l'oggetto sopra indicato ».

Art. 640. « La servitù della presa d'acqua, per mezzo di canale od altra opera visibile e permanente, che venga derivata a servizio dell'agricoltura o dell'industria o ad altro uso, cade nel novero delle servitù continue ed apparenti ».

prietario del fondo dominante degli scoli una volta promessi, vedrà per ultimo la Commissione, se nel determinare come si fa nell'art. 672 l'indole condizionata di questa servitù non siano da aggiungersi le seguenti parole — *salvo patto contrario, salve le condizioni speciali*, o simili.

Prende quindi la parola altro dei membri della Commissione (Cadorna), ed osserva varie essere le questioni che sorgono dalla proposta Mancini, e da quanto è stato riferito dall'onorevole presidente, e doversi, per procedere con ordine, esaminarle e risolverle separatamente.

Dice la prima di tali questioni essere quella che concerne lo art. 672, e consistere nèl vedere se la servitù degli scoli sia di ostacolo a che il proprietario del fondo servente utilizzi, come meglio stima, le acque che scorrono nel suo fondo, o cambiando la coltivazione del medesimo, o con abbandonare anche in tutto od in parte l'irrigazione, faccia sì che il fondo dominante non riceva più gli scoli, o li riceva in minor quantità; e se debba distinguersi tra il caso in cui cotale servitù sia stata acquistata con titolo, ovvero semplicemente colla prescrizione.

La seconda, se debba aggiungersi qualche espressione, come propone l'onorevole Mancini, alla prima parte dell'art. 654 per meglio spiegarne il concetto di quanto lo spiegano le parole — *all'effetto d'impedire la loro diversione.*

La terza infine, se si debba fare all'art. 656 (*art. 630 del Cod.*) l'aggiunta accennata dal presidente per comprendere nominativamente la servitù degli scoli tra le servitù continue ed apparenti definite nel medesimo articolo.

Prende quindi a ragionare di queste tre questioni, svolgendole ampiamente l'una dopo l'altra, ed osservando sostanzialmente: quanto alla prima, che in qualunque modo venga costituita questa servitù ossia tanto nel caso che sia stata acquistata con titolo, quanto in quello che sia stata acquistata per mezzo della prescrizione, consiste sempre in un diritto eventuale, ossia sottoposto all'interesse del proprietario del fondo servente, senza che possa mai impedirgli di coltivarlo come più gli aggrada, nè di fare dell'acqua quell'altro uso che più gli convenga, purchè non la disperda per emulazione, o non ne faccia distrazione in favore altrui, e appoggia per conseguenza la proposta Mancini e del presidente per la soppressione delle parole — *acquistata col solo possesso;* — non credendo egli poi necessario di aggiungere alcuna riserva pel caso di stipulazione contraria, perchè non è oggetto di dubbio, anche senza che la legge lo dica, che le parti possono sempre con patti contrari derogare a queste regole. Quanto alla seconda, egli osserva che le parole colle quali è concepito l'art. 654 esprimono abbastanza chiaramente il concetto che la servitù degli scoli consiste nel diritto che ha il proprietario del fondo dominante di ricevere le acque scorrenti dal fondo superiore dopo aver servito all'irrigazione del medesimo, e impedire che tali scoli siano divertiti nei modi so-

praccennati a di lui pregiudizio, cioè in modo che non possa più profittarne. Quanto alla terza, dice essere giuste e opportune le cose dette dal presidente, e convenire anche in massima nelle medesime, non dubitando egli neppure, che la servitù degli scoli, quando si manifesta con opere visibili e permanenti, debba considerarsi come servitù continua ed apparente, ed essere regolata colle medesime norme. Pensa tuttavia che si possa prescindere dal contemplarla nell'art. 656, che anzi sia meglio di non farlo, per non introdurre disposizioni, della cui portata non si può essere ben sicuri, e perchè la medesima è sufficientemente regolata dagli articoli che la concernono, sia per il modo d'acquisto, sia per i suoi effetti.

Il proponente (Mancini) accetta queste osservazioni, le quali comprovano, dice egli, l'opportunità e la convenienza delle sue proposte. E mentre insiste pertanto in quella concernente l'art. 672 onde siano soppresse le parole *acquistata col solo possesso,* fa osservare che questa stessa soppressione e le considerazioni svolte dal preopinante dimostrino come se non altro, per antivenire ogni dubbio, ed evitare dannose controversie, vi si debbano aggiungere dopo le parole — *il diritto di cui in detto articolo 672* — le seguenti altre: — *di usare liberamente dell'acqua a vantaggio del proprio fondo.*

Chiede taluno (Precerutti), se, riconosciuta la libera facoltà in colui che ha concessa anche per titolo e mediante corrispettivo la servitù degli scoli, potrà l'indomani stesso cambiare la coltivazione del suo fondo, o usare dell'acqua in modo che la servitù da lui concessa rimanga affatto illusoria, la qual cosa sarebbe ingiusta e immorale, nè potrebbe essere favorita dalla legge; ma si risponde da altri (Cadorna) che l'interesse stesso del proprietario del fondo servente rende ben poco probabile, per non dire impossibile, siffatta ipotesi, e che in ogni caso basterebbero i principii generali sulla emulazione a guarentire la moralità e le ragioni di colui che ha acquistata la servitù.

Si avvicendano ancora varie altre osservazioni tra i preopinanti intorno ai premessi argomenti, e resta infine deliberato dalla Commissione:

1. Di modificare l'art. 672 col sopprimere le anzidette parole: *acquistata col solo possesso*, e coll'aggiungere dopo le altre parole *il diritto,* queste: *di usare liberamente dell'acqua a vantaggio del proprio fondo,* incaricando il segretario (Vaccarone) di proporre in tale senso una nuova redazione dell'articolo.

2. Di non fare veruna aggiunta all'articolo 656, ravvisando sufficientemente provvisto in proposito dai suddetti articoli 654 e 673.

A questo punto un commissario (G. De Foresta) fa osservare che nella seconda parte del suddetto art. 654, regolandosi il modo di acquistare la servitù in discorso per mezzo della prescrizione, si dice che questa non si riterrà cominciata se non dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante avrà fatto

sul fondo servente opere visibili e permanenti destinate a raccogliere e condurre i detti scoli a proprio vantaggio, oppure dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia incominciato o continuato a goderli, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo servente.

Ora è evidente, egli dice, che con questa disposizione si riconosce che la servitù degli scoli potrà legittimamente acquistarsi per mezzo della prescrizione, tanto nel caso che esistano opere visibili e permanenti, quanto in quello in cui non esista veruna opera visibile o permanente, la quale possa dare alla servitù il carattere di servitù continua ed apparente.

Conseguentemente quest'articolo conterrebbe per la servitù degli scoli una vera deroga al principio proclamato dall'art. 647, che le servitù discontinue o non apparenti non possono acquistarsi fuorchè per mezzo di un titolo, e che neppure valga la prescrizione immemoriale per acquistarle: principio il quale, soggiunge l'oratore, la Commissione volle tener fermo nella seduta di ieri, respingendo la proposta Chiaves intorno alla servitù di passaggio.

Propone pertanto che sia soppresso l'ultimo inciso del capoverso del suddetto art. 654 a partire dalle parole *oppure dal giorno*, ecc., se pur non si preferisse di sopprimere l'intiero capoverso, lasciando che il modo di acquisto di questa servitù sia regolato dai principii generali, e segnatamente da quelli sanciti nel suddetto art. 647.

Risponde altro commissario (Cadorna) che, ben esaminato e ben considerato tutto il contesto del suddetto capoverso dell'art. 654, si raccolga che anche nel caso previsto dal secondo inciso, di cui il preopinante chiede la soppressione, debbano esistere opere visibili e permanenti per la condotta degli scoli fatte sia dal proprietario del fondo dominante, sia anche da quello del fondo servente, nel qual caso sembri opportuno che sia stabilito non dovere la prescrizione cominciare a decorrere, salvo che dal giorno in cui il proprietario del fondo dominante abbia cominciato o continuato a godere degli scoli, non ostante un atto formale di opposizione per parte del proprietario del fondo servente.

Il preopinante (G. De Foresta) accetta questa spiegazione; ma temendo che nella materialità delle parole che compongono il suddetto inciso, la medesima spiegazione possa essere gravemente oppugnata, o possa almeno questo inciso essere soggetto di dubbi o di controversie dinanzi ai tribunali, che in una materia sì importante come quella delle servitù è bene di prevenire, egli preferirebbe sempre che venga soppresso il detto inciso, e anche tutto il capoverso, tanto più da che si riconosce che la servitù degli scoli debba essere retta, quanto all'acquisto, dalle stesse regole stabilite per le servitù di presa d'acqua.

Posta però ai voti tale proposta non è accettata.

G. T.

APPENDICE X.

Dello scarico naturale delle acque dai fondi superiori sugli inferiori

I. Le ragioni che informano l'art. 536 sono quelle che governano l'intero sistema delle servitù stabilite dalla legge. — II. Cenno delle innumerevoli controversie che derivano nelle applicazioni concrete del suddetto articolo. — Necessità di risolvere le più importanti, ragionando prima di quelle relative agli obblighi e diritti del proprietario inferiore e poi di quelle del proprietario superiore. — III. Quistione preliminare « Quale debba intendersi per lo stato primitivo e naturale dei luoghi? » — IV. Il proprietario inferiore è egli tenuto a ricevere oltre le acque anche altre materie, come pietre, terra, ecc.? — V. Il proprietario superiore può ricuperare la terra, le pietre, od altre cose trascinate dal corso naturale delle acque nel terreno sottostante? — Distinzioni a fare nella proposta controversia. — VI. Il proprietario del fondo inferiore è tenuto a nettare gli alvei del corso d'acqua, quando i medesimi sono ingombrati? — VII. Dei ripari lungo i fondi attraversati o costeggiati dalle acque private. — VIII. Il proprietario del fondo superiore può fare lavori di coltura dai quali fosse aggravata la servitù di scolo delle acque sui fondi inferiori? — IX. Il proprietario del fondo superiore può con lavori di costruzione e simili aggravare la suecennata servitù di scolo? — X. Vi ha liberazione da parte del fondo inferiore quando il proprietario del fondo superiore assiste in silenzio ai lavori eseguiti sul fondo inferiore che lo liberano dalla servitù?

I. *Art. 536. I fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque che dai più elevati scolano naturalmente, senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo.*

Il proprietario del fondo inferiore non può in alcun modo impedire questo scolo.

Il proprietario del fondo superiore non può fare alcuna cosa che renda più gravosa la servitù del fondo inferiore.

Le ragioni che sorreggono le disposizioni contenute nel suddetto articolo s'informano pure a quel supremo principio che governa l'intero sistema delle servitù prediali stabilite dalla legge. Il diritto di proprieta che taluno vanta su di un fondo non può essere considerato sì assoluto, che nell'illimitato eser

cizio di esso diritto possa essere annullato o menomato il diritto di proprietà del vicino.

L'ordine ed il benessere sociale richieggono invece che tutti i diritti abbiano un'armonica coesistenza, la quale non può altrimenti ottenersi se non mediante ineluttabili limitazioni imposte all'esercizio sconfinato di ciascun diritto individuale.

La principale delle suddette limitazioni consiste in ciò che il potere di ciascun proprietario non debba impedire ad altri l'uso della cosa propria. E notevoli conseguenze dedotte da questo principio sono quelle contenute nell'art. 536.

E di vero quale mai sarebbe stato il destino dei fondi superiori, se il diritto di proprietà dei fondi sottoposti non fosse dalla legge circoscritto e limitato di maniera da non poter il proprietario inferiore costruire o far opera alcuna tendente ad impedire lo scolo naturale delle acque? Queste, ove fossero impedite di scaricarsi, danneggerebbero e spesso anzi, come ben disse il tribuno Albisson (1), sommergerebbero i fondi superiori. E così l'esercizio del tutto ampio ed illimitato del diritto di dominio del fondo inferiore avrebbe menomato e spesso distrutto il diritto di proprietà appartenente al padrone del fondo superiore. E questi danni sarebbero stati causati senza alcun diritto. Che se lo scolo delle acque derivante dalla situazione dei luoghi dipende dalla sola forza della natura non sarebbe stato giusto che il predio inferiore avesse procurato impedirlo col danno del più elevato, perchè quando lo scolo riesce di peso, bisogna che si sopporti da quei fondi i quali ne vennero gravati dalla natura:

> ....Has leges aeternaque foedera certis
> Imposuit natura locis.
> VIRG. *Geor.*

Nè pei danni incorsi si potrebbe vantare diritto di risarcimento alcuno, essendo noto il canone di ragione secondo il quale ciascuno sopporta il caso di forza maggiore dal quale viene colpito.

Viceversa, quale mai sarebbe stata la sorte del diritto di proprietà di colui che possiede i fondi inferiori, se mai in virtù di un principio assoluto ed illimitato di dominio, fosse stato lecito al predio superiore scaricare, senza limiti o considerazione di sorta, le sue acque inondando i fondi sottoposti? Cotesta sconfinata libertà di dominio si sarebbe tradotta in perenni rappresaglie ed ostilità tra proprietari di fondi superiori ed inferiori, ed il risultato finale sarebbe stato quello di rendere a ciascuno impossibile il godimento delle proprie possessioni. Per siffatte considerazioni i legislatori civili riconobbero la necessità di refrenare anche in questi casi le erronee conseguenze e gli eccessi che potrebbero derivare da un selvaggio concetto del di-

(1) FENET, *Discorsi e motivi del codice Napoleone*, V. II, pag. 386.

ritto di proprietà. Ed il freno ed il limite in questo argomento furono pur dedotti dall'antico adagio: *In suo alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat.* Il limite fu stabilito in modo che, riconosciuto pure il naturale movimento delle acque, fu evitato che una sconfinata licenza ed inopportuno vantaggio conceduto o al proprietario superiore o a quello inferiore, non si fosse convertito nel danno di uno di essi. E così vietando i legislatori ogni movimente volontario delle acque (quando non si fosse nelle condizioni del diritto di aquedotto legale), col quale si potesse danneggiare la condizione di altri fondi, fecero salva la maggior possibile, incolume coesistenza dei diritti di tutti, per ottenere non i maggiori frutti che un solo possa dare, ma la maggiore utilità che si possa ottenere da tutti i fondi.

II. Esposto i principii che confortano le disposizioni contenute nell'art. 536, dovremo ora venirne alle applicazioni concrete. La materia presente è assai malagevole, perchè per quanto è presto detto che i fondi inferiori o superiori non debbono impedire o gravare la suddetta servitù di scolo naturale delle acque, per tanto è di una suprema difficoltà determinare precisamente i doveri reciproci dei proprietari suddetti, e quali sieno proprio gli atti vietati dalla legge collo stabilimento della servitù in disamina. La dottrina e la giureprudenza non furono e non sono tuttora concordi nella risoluzione delle principali quistioni che presenta la disposizione dell'articolo del quale ci occupiamo. Noi tenteremo la risoluzione se non di tutte almeno delle più importanti controversie che si agitano su questo argomento. E ragioneremo però prima delle quistioni relative ai diritti ed agli obblighi del fondo inferiore, poi di quelle relative ai diritti ed obbligazioni del fondo superiore. Se non che primieramente sarà da assodare una questione preliminare.

III. *L'art. 536 prescrive che i proprietari dei fondi inferiore e superiore non potranno praticare nulla sui medesimi che aggravi lo scolo delle acque derivante dalla naturale situazione dei luoghi. In qual modo si constata questo stato primitivo e naturale dei luoghi?*

Il Pardessus nel n. 84 del suo *Trattato sulle servitù prediali* scrisse: « Ei ci sembra che lo stato dei luoghi che ha sussi« stito per tutto il tempo richiesto a poter prescrivere deve « presumersi lo stato naturale e primitivo ». E nel n. 87 dichiarando meglio il suo assunto soggiunse: « Una lunga pa« zienza, durata pel tempo richiesto per la prescrizione, fa pre« sumere, o che, quando una tale direzione fu data, il suo « terreno era quello cui lo stato naturale assoggettava; o che, « se ciò non era, egli o i suoi autori vi si sieno volontariamente « sottomessi, e forse anco abbiano ricevuta una indennità da « coloro che avrebbero dovuto essere gravati; o che infine ve « gli assoggetta una destinazione di padre di famiglia risultante » dalle circostanze ».

E il Demolombe spingendosi ancora più oltre del Pardessus dice:

« Ma in qual modo e con quali mezzi indagare la primitiva « situazione de' fondi ed il lor natural declivio, tostochè le parti « non sieno di accordo su questo punto?

« Cotal quistione può levarsi sotto duplice aspetto: sia fra il « proprietario superiore e lo inferiore, sia fra più proprietari « inferiori gli uni riguardo agli altri.

« Opiniamo i mezzi di soluzione dover essere gli stessi in « tutti i casi.

« Il non poter servire di norma lo stato attuale ed in certa « guisa instantaneo delle cose è ineluttabile vero, precisamente « questo stato essendo in contesa, pel motivo che costituisce « esso mutamento alla natural disposizione de' luoghi.

« Non pertanto, qualora cotesto stato fu sempre lo stesso da « più di un trentennio, venir dovrebbe riguardato constituire la « natural situazione de' luoghi, sia perchè, per lo più torne- « rebbe difficilissimo il comprovare, dopo il trascorrimento di « tal periodo di tempo e dietro i successivi mutamenti emer- « genti dagli accidentali avvenimenti o dalla stessa coltivazione « dei predi, quale precisamente si fosse in origine la loro ri- « spettiva situazione; sia sopratutto perchè il silenzio e la tol- « leranza delle parti interessate, pel corso di trent'anni, costi- « tuiscono da banda loro riconoscimento esser tale di fatti la « natural situazione dei luoghi, e perchè è sopramodo logico « lo applicar qui le regole della prescrizione, la quale poggia « per lo appunto su la presunzione dell'abbandono di un di- « ritto, non esercitato, ovvero di convenzione onde siasi alie- « nato mercè pagamento di un prezzo (confr. art. 690, 2219, « 2262 + 611, 2125, 2169).

« E cotesto ultimo motivo sufficientemente dimostra i pro- « prietari inferiori, dopo trent'anni di silenzio, non poter diman- « dare di provare eziandio secondo l'attuale stato di cose e « l'attual situazione di fondi, dover le acque avere un corso « diverso da quello avuto durante il tempo necessario alla pre- « scrizione: *vetustas semper pro lege habetur,* come con alta « saggezza si esprime il giureconsulto Paolo (L. 2, princ. ff. *de* « *aqua et aquae;* agg. L. 26) » (1).

Contro una siffatta dottrina ai nostri giorni insorge il Laurent, il quale così la ribatte:

« Mais comment savoir, quand il s'agit d'un cours d'eau, quel « était l'état primitif des lieux: quelle est l'époque à laquelle « il faut recourir? est ce au déluge? On dit que l'état qui a « toujours subsisté depuis plus de trente ans doit être considéré « comme constituant la situation naturelle des lieux. Sans doute

---

(1) *Corso del codice civile* di C. Demolombe, prima versione italiana degli avvocati Gennaro de Filippo e Giuseppe Tucci, t. VI, n. 35, pag. 19.

« le législateur aurait pu et il aurait peut-être dû le décider
« ainsi, mais il ne l'a pas fait, et dans le silence de la loi,
« l'interpréte ne peut pas le faire; car ce serait créer une ve-
« ritable présomption, et il n'y a pas de présomption sans texte.
« La question reste donc une question de fait, que le juge dé-
« cidera par des enquêtes » (1).

La soprascritta confutazione dal Laurent fatta alla teorica del Pardessus e del Demolombe ci sembra irrepugnabile. E noi alle ragioni addotte dallo stesso aggiungeremo come la citazione fatta dal Demolombe delle parole di Paolo, *vetustas semper pro lege habetur,* non ci sembra bene invocata dal giureconsulto francese quando egli accenna alla prescrizione trentennale. E di vero nello stesso titolo *de aqua et aquae pluviae arcendae* lo stesso Paolo spiega che si tratti della prescrizione immemorabile quando cioè: « omnium haec est opinio, nec audisse nec vidisse quum id opus fieret; neque ex eis audisse qui vidissent aut audissent; et hoc infinite similiter sursum versum accidet: tunc memoria operis facti non extaret. Idem Labeo ait: Quum quaeritur an memoria extet facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum: sed sufficere si quis sciat factum; hoc est, si factum esse non ambigatur: nec utique necesse esse, superesse qui meminerint; verum etiam, si qui audierint eos qui memoria tenuerint ».

Indubitatamente adunque risulta come Paolo ed il diritto romano intendevano ragionare della prescrizione immemorabile, la quale per molti rispetti non può certo essere equiparata alla prescrizione trentennaria riconosciuta dai codici moderni. Ma poi forsechè lo stato immemorabile dei luoghi e delle opere fatte, in ogni caso pel possesso immemorabile, era ritenuto tale da non potersi modificare? Niente di ciò. Il possesso era ritenuto non modificabile quando l'acqua, mercè un riparo naturale, ristagnava nel fondo superiore o si dirigeva in altra parte, ma se si fosse trattato di riparo artificiale e questo veniva atterrato dal proprietario superiore, non era di che lamentarsi. Difatti Ulpiano nel mentovato titolo *de aqua et aquae pluviae,* dopo dei soprascritti frammenti relativi alla prescrizione immemorabile soggiunse: « Sed si vicinus opus tollat, et, sublato eo, aqua naturaliter ad inferiorem agrum perveniens noceat: Labeo existimat, aquae pluviae arcendae agi non posse; semper enim hanc esse servitutem inferiorum praediorum, ut natura profluentem aquam excipiant ».

Da tutti i sopraccennati testi sembra adunque cosa indubitata come il diritto romano non conforti molto la dottrina del Demolombe. Però crediamo come la medesima non possa per più ragioni accogliersi, salvo che il possesso trentennale avesse

(1) Laurent, *Principes*, t. VII, r. 367.

tutti gli estremi richiesti per la prescrizione e non si traduca in uno di quegli atti facoltativi pel proprietario superiore, i quali col decorso del più lungo tempo non conducono mai alla prescrizione. Così nel succennato frammento di Ulpiano il proprietario superiore colla costruzione del riparo artificiale e colla durata dello stesso oltre il trentennio non assunse l'obbligo di preservare in perpetuo il fondo inferiore dallo scolo naturale delle acque pel solo fatto di avernelo preservato per un giorno, un anno, per più di un trentennio. Ma anche nel caso di una prescrizione nei modi di legge acquistata, non è certamente a parlare di servitù di scolo derivante dallo stato naturale dei luoghi, ma invece di servitù acquistata e modificata mercè la prescrizione. Le esposte ragioni ci fanno ritenere erronea la teorica del Pardessus e del Demolombe che dopo trenta anni di silenzio debba in ogni caso essere interdetta la dimanda per dimostrare lo stato naturale dei luoghi e di potersi conformare alla suddetta situazione. Senza dubbio, diremo col Laurent, il legislatore avrebbe potuto stabilire una cotale presunzione per dimostrare lo stato primitivo dei luoghi, ma non lo fece punto, e nel silenzio del codice l'interprete non può stabilire una vera presunzione di diritto, la quale non si crea che mercè il testo preciso di legge. Rimane adunque una indagine di fatto che il magistrato dovrà decidere secondo le circostanze.

IV. *Il proprietario inferiore è egli tenuto a ricevere oltre le acque, anche le altre materie, come pietre, terra, ecc., che per forza naturale cadano dal fondo superiore sull'inferiore?*

Tutti gli scrittori che accennano a questa controversia ritengono l'affermativa. Se non che noteremo come l'obbligo di ricevere quanto per forza naturale cada dal fondo superiore non è una conseguenza della servitù stabilita dall'art. 536, ma di un altro principio generale di diritto, il quale detta che ciascuno è tenuto a sopportare il caso fortuito dal quale è colpito e dall'altra regola di ragione: *casus fortuiti a nemine praestantur*. Per tali considerazioni non sembra molto esatta l'osservazione di taluni scrittori e fra questi del Ricci (1), quando dice che « la servitù dei fondi inferiori non è solo limitata a « ricevere le acque che colano naturalmente dai fondi superiori, « ma si estende altresì a ricevere quanto per forza naturale si « stacchi dall'alto per cadere nel basso ». Questa teorica pare poco esatta, perchè la servitù che propriamente sancisce l'articolo 536 non riguarda precisamente il fatto della caduta naturale delle acque, il quale dipendendo dall'opera della natura, non poteva essere considerato dal legislatore come un fatto per l'osservanza del quale vi fosse mestieri di un espresso dettato di legge. Sarà agevole rilevare come la servitù propria-

---

(1) Ricci, *Corso di diritto civile*, vol. II, n. 289, pag. 334.

mente o almeno principalmente sanzionata dall'art. 536, consiste nel divieto fatto al proprietario del fondo inferiore d'impedire in alcun modo lo scolo naturale delle acque. Ora se questo è l'oggetto preciso o principale della succennata servitù, bisogna inferire come questo divieto non possa estendersi alla caduta delle pietre e di altre simili materie, nè per il testo nè per lo spirito dal quale la disposizione della legge è informata. Difatti la lettera dell'articolo parla espressamente di impedimento allo scolo naturale delle acque; la ragione della legge poi riguarda solamente le acque, perchè solo queste, se sono impedite di scaricarsi, possono sommergere e danneggiare i fondi superiori; ma lo stesso non può dirsi delle pietre e di altre simili materie contro le quali se si opponessero degli argini costruiti in modo da non impedire lo scolo naturale delle acque non sarebbero da temere sommersioni o danno veruno e quindi non si offenderebbe ne il testo, nè lo spirito della disposizione legislativa in disamina. E ciò che diciamo viene pure confermato dalla considerazione che, se si ritenesse la succennata contraria opinione, noi dovremmo, con una interpretazione estensiva oltre il caso espresso dalla legge, creare una nuova specie di servitù prediale con disprezzo dell'art. 4 delle disposizioni preliminari al codice civile, il quale dispone che le leggi che restringono il libero esercizio dei diritti non si estendono oltre i casi dalle leggi contemplati.

Un'altra quistione a questo proposito si promuove tra gli scrittori ed è la seguente:

V. *Può il proprietario superiore ricuperare la terra, le pietre od altre cose trascinate dal corso naturale delle acque nel terreno sottostante?*

Il Marcadé (1) sostiene per le generali che il proprietario del fondo superiore non potrebbe venire a reclamare le terre o i ciottoli trasportati dalle acque sul terreno sottostante o discesi per effetto del pendìo del suolo. « L'inconveniente (egli dice) « per me di ricevere tutto ciò che cade dal fondo superiore, « ma ancora il vantaggio di vedere il mio terreno ingrassarsi « mediante il terriccio che ne può discendere, sono entrambe « delle condizioni naturali e forzose della posizione rispettiva « dei nostri fondi ».

Il Ricci (2) invece sostiene una dottrina del tutto diversa.

« Se il proprietario del fondo superiore (egli dice) vuole ri- « cuperare la terra, le pietre od altre cose trascinate da forza « naturale nel terreno sottostante, egli può farlo perchè il nudo « fatto del trasporto, per sola forza naturale delle cose, nel- « l'altrui proprietà, non lo priva del diritto che gli compete

---

(1) Marcadé, *Corso elementare di diritto civile francese,* commento dell'articolo 640.

(2) *Corso teorico-pratico di diritto civile,* n. 289, pag. 334 e 335.

« sulle medesime; ma è però tenuto nel caso ad indennizzare « il proprietario del fondo inferiore dei danni e delle molestie « che sono conseguenze dell'asportazione delle cose cadute ».

Quest'ultima parte della dottrina del Ricci non pare che possa incontrare opposizioni di sorta, perchè, come egli giustamente osserva, se pel fatto della caduta delle pietre nulla si deve al proprietario inferiore, perchè venne causato dall'azione della natura, non può dirsi lo stesso del fatto dell'asportazione, e deve quindi darsi luogo all'azione per indennizzo di danni che siano per derivarne. Ma quanto alla prima parte della sua sopra trascritta teorica non sembra che possa accogliersi, come nemmeno quella del Marcadé. Questi due scrittori invero, professando teoriche generali ed assolute per ogni possibile ipotesi della proposta quistione, la risolvono inadeguatamente, perchè a noi sembra che la medesima debba venir risoluta con delle necessarie distinzioni, e professandosi una diversa dottrina secondo che si tratti del caso dell'*alluvione* o dell'*aggiunzione* propriamente dette. In vero quando si tratti che lo scolo naturale delle acque, con unione successiva delle terre ed in un modo impercettibile abbia aumentato il volume del fondo inferiore, sarà opportuno ricorrere per analogia alla disposizione contenuta nell'art. 453. Perchè crediamo che il principio romano consacrato nella legge 17 D. *de aquirendo rerum dominio* il quale proclama che tutto ciò che si unisce al nostro terreno per alluvione cioè, *quod ita paulatim adjicitur ut intelligere non possumus quantum, quoque momento temporis adjiciatur*, sia un principio da potersi invocare non solo nelle unioni di terre che avvengono presso i fiumi o i torrenti, ma ancora per quelle che formansi successivamente nei fondi posti od attraversati dai rivi, fossi e corsi di acque siano o pur no intermittenti e di maggior o minor volume. La ragione di decidere in siffatti casi si presenta identica a quella dell'ipotesi contemplata nel succennato art. 453.

Ma se nel caso del terreno unito per alluvione non sono riconoscibili le molecole di terra, che l'acqua ha staccato dai fondi pei quali passò, e però non può essere concesso che i proprietari dei medesimi possano venire a cercare e riprendere le particelle delle terre staccate successivamente dai loro fondi, non sembra che possa dirsi lo stesso quando una parte qualsiasi di un fondo sia *considerevole* e *riconoscibile* e venne staccata per forza istantanea. Perchè in questo secondo caso, non concorrendo le ragioni del primo, sembra doversi per analogia far ricorso all'altro art. 456 del codice civile, e riconoscere nel proprietario superiore il diritto di reclamare la parte staccata dal suo fondo. Ma oltre del suddetto dettato legislativo analogico, nel caso potrebbero pur bene invocarsi diversi luoghi del diritto romano e specialmente quelli che si leggono nel titolo *de damno infecto et de suggrundis:* « De his autem quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur.

Trebatius refert, quum Tiberis abundasset, et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a Praetore datum, ne vis fieret quominus sua tollerent, auferrent; si modo damni infecti repromitterent. Alfenus scribit: si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam infecto. Idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis apud quem res prolapsae petentur, damnum quod ante sensi non contineri; nec aliter dandam actionem quam ut omnia tollantur quae sunt prolapsa ».

VI. *Il proprietario del fondo inferiore è tenuto di nettare gli alvei dei corsi di acqua quando questi sono ingombrati.*

Il Dionisotti (1) nel suo pregevole trattato *delle servitù delle acque,* dopo aver rammentato il principio, in virtù del quale viene interdetto al proprietario del fondo inferiore, di fare qualsiasi opera la quale impedisca il naturale declivio delle acque che scolano dal fondo superiore dice:

« Che se il letto del corso dell'acqua venisse a riempiersi, o
« per la negligenza del proprietario inferiore nel purgarlo, o
« per un avvenimento qualunque indipendente dalla sua volontà,
« il proprietario superiore *può costringere l'inferiore a riporre*
« *a sue spese le cose nel loro stato ordinario, ed in caso di*
« *rifiuto farsi autorizzare ad eseguire i lavori necessarii a di*
lui spese. Nè gli si potrebbe opporre l'art. 641, poichè cotal
« disposizione non può in generale applicarsi che alle servitù
« convenzionali, non a quelle imposte per disposizione di luoghi,
« *ex natura loci.* Dal punto in cui la legge dispone che il pro-
« prietario del fondo inferiore non può impedire lo scolo, deve
« pur curare che non sia impedito, e verificandosi l'impedi-
« mento, deve a sue spese rimuoverlo ».

Siffatta dottrina propugnata dal Dionisotti non ci sembra punto sostenibile. Primieramente è a dire come la ragione addotta in sostegno della sua tesi non ha alcun valore. In verità come mai dal divieto fatto al proprietario del predio inferiore d'impedire lo scolo naturale delle acque, si può inferire l'obbligo di costui a nettare a sue spese il letto di un corso d'acqua, quando questo venisse a riempirsi senza alcuna sua colpa?

Il *non impedire* significa certamente un obbligo passivo di non fare, ora come lo si può tradurre in un obbligo attivo di fare?

E ciò è tanto vero per quanto la tesi sostenuta dal mentovato scrittore venne apertamente contradetta dai giureconsulti romani, i quali certo riconobbero il principio da lui rammentato, anzi furono proprio essi che lo insegnarono alle legislazioni posteriori, quando nel titolo *de aqua et aquae pluviae ar-*

---

(1) Dionisotti, *Delle servitù delle acque,* pag. 84 e 85, n. 131.

cendae scrissero: « Item sciendum est hanc actionem vel su-
« periori adversus inferiorem competere, ne aquam, quae natura
« fluat, opere facto inhibeat per suum agrum decurrere: et in-
« feriori adversus superiorem, ne aliter aquam mittat quam
« fluere natura solet ». Pur tuttavolta non ne dedussero la con-
seguenza vagheggiata dal Dionisotti. Perchè nello stesso titolo
de aqua et aquae pluviae arcendae: Ulpiano riferisce: « Apud
« Namusam relatum est, si aqua fluens iter suum stercore
« obstruxerit, et ex restagnatione superiori agro noceat, posse
« cum inferiori agi, *ut sinat purgari:* hanc enim actionem non
« tantum de operibus esse utilem manufactis, verum etiam in
« omnibus quae non secundum voluntatem sint. Labeo contra
« Namusam probat: ait enim naturam agri ipsam a se mutari
« posse, et ideo cum per se natura agri fuerit mutata, aequo
« animo unumquemque ferre debere, sive melior, sive deterior
« eius conditio facta sit. Idcirco et si, terrae motu aut tempe-
« statis magnitudine soli causa mutata sit neminem cogi posse
« ut sinat in pristinam loci conditionem redigi. Sed nos (dice
« Ulpiano) etiam in hunc casum aequitatem admisimus ». Ed il
Pothier nelle pandette di Giustiniano (1) annotando questo fram-
mento di Ulpiano dice: *Fin qui Labeone, la cui sentenza non
prevalse, essendo stata preferita quella di Namusa, come più
equa.*

Se non che sarà agevole l'osservare come la stessa teoria di
Labeone contraddice quella del Dionisotti. Di fatti quando egli
dice che nessuno può essere forzato a permettere che le cose
siano rimesse nello stato di prima e poi vieta l'accesso al
proprietario del fondo superiore sull'inferiore, per riparare l'al-
veo, attesochè quando la natura del terreno si muta da sè,
ognuno dee comportarselo in pace, tanto se è diventato mi-
gliore, quanto se peggiore; certamente egli pur riconosce che
il proprietario del predio inferiore non sia punto tenuto a pur-
gare il suo alveo.

E la dottrina di Namusa venne pure adottata dal Delvincourt,
dal Merlin (2), dal Domat (3) e dal Duranton (4), il quale così
si esprime:

« Il proprietario inferiore, abbiamo detto, è obbligato a rice-
« vere le acque che naturalmente scolano dal fondo superiore,
« senza che la mano dell'uomo vi abbia contribuito; è anche
« obbligato, quando il fosso che si trova nel suo fondo o sul
« limite per riceverle sia ripieno in modo che rifluiscano nel
« fondo superiore, o di nettare il fosso, *o di soffrire almeno*
« che il proprietario di quest'ultimo lo netti ».

---

(1) Pothier, *Pandette di Giustiniano,* vol. V, pag. 216. Venezia, pei tipi di Antonio Bazzarini.

(2) Merlin, *Répertoire, Eaux pluviales,* n. 3.

(3) Domat, lib. 2, tit. 9, sez. 2, n. 5.

(4) Duranton, *Corso di diritto francese* vol. V, pag. 157, n. 161.

Il Toullier (1), il Demolombe (2) e recentemente il Laurent nel risolvere questa quistione nemmeno riconoscono verun obbligo nel proprietario inferiore di nettare l'alveo del corso d'acqua. Essi però, riconoscendone il diritto nel proprietario superiore, fanno ricorso all'art. 698 del codice francese corrispondente all'art. 641 del codice italiano. Ecco il ragionamento del Laurent (3): « 365. Le propriétaire inférieur est il tenu curer le canal qui sert à l'écoulement des eaux, ou le lit que les eaux se sont creusé? D'après les principes qui régissent les servitudes, il faut décider que le propriétaire inférieur n'est pas tenu a faire, qu'il doit seulement souffrir que les eaux s'écoulent sur son fond. Aussi l'article 640 se borne-t-il à dire qu'il ne peut pas élever de digue qui empêche cet écoulement. Mais il est aussi de principe que celui auquel une servitude est due a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver. De là suit que le propriétaire supérieur peut faire curer le canal à ses frais, ce qui lui donne le droit de pénétrer dans l'héritage inférieur. Il va sans dire que si le curage était devenu nécessaire par la faute ou le fait du riverain inférieur, celui ci devrait supporter les frais. Il y a encore une autre restriction à la règle ou qui soumet le propriétaire du fond servant à souffrir et non à faire; si les eaux qu'il doit recevoir forment une eau courante, et que l'autorité administrative en ordonne le curage, il devra y contribuer en sa qualité de riverain ».

E così il principio romano di non potersi costringere il proprietario inferiore a spurgare l'alveo del suo corso d'acqua, venne con ragioni più o meno diverse accolto da tutti gli scrittori antichi o recenti che commentarono il codice Napoleone e si occuparono della presente quistione. Solo il Pardessus (4) ed il Garnier (5) propugnarono una contraria dottrina.

Il primo, dopo aver stabilito il principio che niuno dei proprietari inferiori può alzare argini i quali, impedendo lo scolo delle acque, le facciano rifluire sul fondo superiore, e che il proprietario del fondo superiore non può egualmente fare veruna opera che renda più grave la servitù del fondo inferiore, soggiunge:

« Se la successione del tempo o qualche accidente non pre-
« veduto avesse colmato il letto delle acque, i proprietari dei
« fondi inferiori potrebbero essere costretti a farne il netta-
« mento, ciascuno nella estensione della sua possessione. Niuno
« sarebbe ammesso a ricusarvisi, sia pretendendo che questo
« letto è stato colmato da un avvenimento naturale di cui non

---

(1) Toullier, vol. XI, n. 327.
(2) Demolombe, vol. VI, n. 33.
(3) Laurent, vol. VII, n. 365.
(4) Pardessus, *Trattato delle servitù prediali.* Versione Lo Gatto, Napoli, 1854, pag. 65.
(5) Garnier, *Régime des eaux*, n. 143, pag. 91.

« vuol mutare gli effetti, sia invocando la regola generale, la « quale vuole che l'obbligazione di far dei lavori per l'eser- « cizio di una servitù non sia a carico del proprietario del « fondo serviente se egli non vi si è particolarmente sotto- « posto ».

Ma perchè mai secondo questo scrittore non sarebbe stato applicabile il principio generale contenuto nell'articolo 698 del codice francese corrispondente all'articolo 641 del codice italiano? Il Pardessus bene comprendendo la necessità di rintracciare una eccezione alla suddetta regola generale e non rinvenendola nel codice civile, per sostenere la sua opinione ricorre alla legge del 14 fiorile anno XI. In virtù di questa legge eccezionale, egli pretese che il principio contenuto nel succennato articolo 698-641 trasmessoci della sapienza dei giureconsulti romani si doveva applicare soltanto alle servitù convenzionali e non già « alle servitù naturali che sono delle leggi di « vicinato e di necessità, rette da principii diversi che le ser- « vitù convenzionali ».

Alla risoluzione data alla presente controversia dal Pardessus, oltre del Garnier e del Dionisotti, ai nostri giorni pur si congiunse il Borsari con un suo ragionamento che trascriviamo, affinchè le idee dell'illustre scrittore nella confutazione che da qui a poco ne faremo non sembrino punto da noi tradite.

Il Borsari adunque, dopo aver allegati i ragionamenti del Pardessus e del Dionisotti, da noi riportati, e di avere accusato il Duranton d'indecisione nel risolvere la tesi proposta, e di avere rammentato che il Delvincourt taccia come erronea e non conforme ai principii la dottrina del Pardessus, non essendo nella natura della servitù « che il proprietario del fondo servente « sia tenuto a fare, ma sì a soffrire e non fare », ragiona così:

« Senza dubbio, *per concludere altrimenti conviene assegnare* « *alla servitù della quale parliamo, un luogo distinto dalle* « *altre e suo proprio.* E io trovo che è veramente così. Servitù « che per necessità di natura, incombe a coloro che occupano « i luoghi inferiori, non può essere paragonata a veruna altra « di quelle servitù che verremo incontrando lungo il codice in « soggetto di acque. Piuttosto ordinate queste ultime nell'inte- « resse economico e sociale e ritraenti dalla concessione del « legislatore, una impronta meno assoluta: il passaggio delle « acque per gli altrui fondi dev'esser chiesto, dev'esserne pro- « vato il bisogno: obbliga a indennità. La servitù attuale scritta « per dir così, nel libro della natura si presenta come un di- « ritto esistente per sè, riconosciuto anzichè concesso dalla legge. « Egli è per ciò che la legge non impone obbligazioni al pro- « prietario di esso fondo, nè per dedurre le acque nei piani in- « feriori nè per serbare i condotti che le trasportano, e ne tace « onninamente. Dappertutto ha parlato ove ha voluto: il rego- « lamentare, portato ai più minuti particolari, domina in questa « istituzione che si estende a sì gran numero di articoli; quasi

« tutte le norme che si riscontrano sono pratiche. Niuno avrebbe
« facoltà di aggiungere alla legge quello che ivi non è or-
« dinato.

« Nella condizione *sui generis* del proprietario del fondo su-
« periore verso quello dell'inferione, e nel silenzio della legge
« sul modo di esercitare questa specie di servitù non vi ha ar-
« gomento alcuno di qualche forza per sostenere che il primo
« deve caricarsi della condotta delle acque, fabbricando e con-
« servando a sue spese il canale occorrente ». Nè si offende
« punto la regola — che la servitù consiste nel *soffrire, nel*
« *non fare e non nel fare*. Niuna azione infatti compete al pro-
« prietario del fondo superiore per costringere l'altro a fare
« qualche cosa, ma solamente a soffrire di ricever le acque nel
« proprio. E se piace a costui di non far nulla per dirigere
« quelle acque e preferisce di lasciarle venire addosso in qualunque
« parte cadono, al proprietario superiore poco importa, ond'è sol-
« tanto nel proprio interesse che l'altro fa delle opere affinchè le
« acque che deve ricevere abbiano uno scolo regolare e possibil-
« mente innocuo. » In altre circostanze, e diremo ancora comune-
« mente, la legge trova giusto che quello a cui profitta la servitù,
« fornisca a sè stesso e a proprie spese i mezzi necessari. Ma non
« è un fatto essenziale alla servitù; nè ripugna alla natura di
« questo diritto che nella specie dell'art. 536 *sia altrimenti di-*
« *sposto*.

« Se mi è permessa una osservazione, io non direi coll'ottimo
« signor Dionisotti, che *dal non potere impedire lo scolo* deriva
« a carico dell'inferiore l'obbligo di rimuovere a proprie spese
« *gli impedimenti* che si vengono verificando. In tante altre
« servitù, anche nel tema delle acque, il fondo sevente, benchè
« costretto a subirle, viene nondimeno esonerato da tale ob-
« bligo e spese. Più chiara a me sembra la spiegazione che si
« deduce dalla natura *speciale di questa servitù, o dalla eco-*
« *nomia della disposizione testuale* » (1).

Dobbiamo confessarlo francamente, noi non siamo sicuri di interpretare con esattezza il soprascritto luogo del Borsari. Chè dal complesso dei suoi ragionamenti sembra che egli adotti la conchiusione professata dal Pardessus, dal Garnier e dal Dionisotti i quali impongono sempre al proprietario inferiore l'obbligo di purgare il proprio alveo. Noi abbiamo pur contrassegnati i brani del suo discorso dai quali può sorgere una simile interpretazione. Dall'altro canto per alcune parole da lui adoperate sembra che sebbene egli opini che il proprietario superiore non sia tenuto mai a nettare il letto del fondo inferiore, purtuttavolta non goda di veruna azione contro il proprietario di quest'ultimo fondo per costringerlo al nettamento. La teorica del Borsari se dovesse interpretarsi in questo secondo

---

(1) Borsari *Commentario del codice civile italiano*, vol. 2, pag. 518.

significato ci sembra meno infondata, ma però sempre inesatta e lontana dai principii che, secondo a noi pare, informano il codice italiano. Il quale, secondo una interpretazione che noi tentiamo, avrebbe coll' articolo 639 ben risoluta la presente controversia, facendo ossequio ai più sani principii che non si veggono accolti nel codice francese, o pure dai suoi commentatori.

E di vero il codice italiano coll'articolo 539, uniforme all'articolo 554 dell'albertino e 521 dell'estense, dispone fra l'altro che tutti i proprietari ai quali sia utile la *rimozione di un ingombro formatosi in un fondo, o in un fosso, rivo, scolatoio od altro alveo per materie in essi impigliate, sicchè le acque danneggino o possano danneggiare i fondi vicini, potranno essere chiamati ed obbligati a contribuire alla spesa in proporzione del vantaggio che ciascuno ne ricava.*

Ora la disposizione contenuta in questo articolo apertamente condanna come assurda l'opinione innanzi trascritta dal Dionisotti il quale sostiene che l'obbligo di togliere gl'ingombri formatisi nell'alveo sia sempre ed interamente a carico del proprietario del fondo servente. Se il proprietario suddetto ne fosse stato veramente gravato, come pretende il Dionisotti, come mai l'art. 539 potrebbe obbligare a contribuire alla spesa occorrente tutti i proprietari ai quali torna utile la rimozione degli ingombri ed in proporzione del vantaggio che ciascuno ne ritrae? Ma non solo l'articolo succennato condanna come erronea la teoria del Dionisotti, ma ribatte ancora quella del Borsari. Quest'ultimo indubitatamente ritiene che il proprietario del fondo dominante non possa mai essere costretto a purgare il letto del corso d'acqua, perchè a lui *poco importa se al proprietario inferiore piacesse non far nulla per dirigere le acque e preferisse di lasciarsele venire addosso in qualunque parte cadano.* Ora questa esenzione così assoluta, dichiarata a vantaggio del proprietario del fondo dominante relativamente all'obbligo di nettare gli alvei, viene pur combattuta dalla succennata disposizione di legge. La quale chiama certamente alla contribuzione della spesa anche il proprietario dominante, quante volte il suo fondo possa essere interessato unitamente a quelli di altri vicini per la rimozione degli ingombri. Nè crediamo che possa esser vero quello che afferma il Borsari, che torni sempre indifferente al proprietario superiore il nettamento degli alvei. Sostenere ciò significa disconoscere un fatto indubitato, cioè a dire che gl'ingombri degli alvei possano spesso danneggiare i fondi superiori col rigurgito delle acque. E sin qui quanto alla prima proposizione del Borsari relativa alla dichiarata estensione di obbligo da parte del proprietario superiore.

Relativamente al proprietario inferiore, ripetiamo che non ci sembra chiaro se il mentovato scrittore voglia sempre gravarlo dello sgombro del suo alveo, ovvero conchiudere che una simile operazione fosse sempre in sua piena balìa, perchè le rimozioni

degl'ingombri sono a farsi ogni volta nel suo esclusivo interesse. Noi non crediamo che il ragionamento del Borsari possa avere altra interpretazione che sia diversa dalle due da noi supposte. Ma sarà agevole dimostrare come la sua dottrina in tutte le due possibili versioni sarebbe sempre da ritenersi erronea. Perchè contro la prima delle interpretazioni osterebbe sempre il dettato formale del più volte mentovato articolo 639. Il quale certamente ponendo a carico degli interessati la spesa dello spurgo degli alvei, implicitamente pel principio di contraddizione che nol consente, sancisce che quante volte il proprietario serviente non abbia interesse di rimuovere gl'ingombri sia perchè le acque rigurgitino e divergano più o meno in una qualche parte sassosa, ovvero perchè l'ingombro al fondo dominante e non al serviente potrebbe cagionare danni; in tutti questi casi non sia tenuto al nettamento del corso di acqua.

Sarebbe inesatta ancora la sua dottrina nella seconda delle nostre interpretazioni, perchè non potrebbe nemmeno essere sempre in tutti i casi vero che lo sgombro suddetto sia nella piena libertà ed arbitrio del fondo servente. Difatti quando al proprietario di questo fondo unitamente ad altri di fondi vicini tornasse utile la rimozione succennata, questi ultimi in virtù dell'aperto dettato dell'art. 539 potrebbero costringere con azione giuridica anche il proprietario del fondo serviente alla contribuzione della spesa occorrente per far rimuovere gl'ingombri suddetti. Per tutte le esposte considerazioni a noi sembra che la dottrina del codice italiano, relativamente alle riattazioni degli alvei dei corsi di acque private, e dei cavi fatti per la condotta delle acque di cui è cenno nell'art. 642, possa riassumersi nei seguenti canoni:

1.° Per regola generale nè il proprietario del fondo dominante, nè quello del fondo serviente sono obbligati a fare le opere necessarie per l'esercizio di una servitù, nè quindi in ispecie a spurgare il cavo od il letto del corso di acqua privata, quando ciò loro non torni utile o non piaccia.

2.° Quando l'esecuzione delle dette opere giovi sia al proprietario del fondo dominante che al serviente, e l'uso della cosa soggetta a servitù sia comune fra il proprietario del fondo dominante e quello del fondo serviente, ciascuno di essi può forzare l'altro a fare in comune le suddette opere ed in proporzione dei rispettivi vantaggi (art. 641, 538, 539). Ciò viene sanzionato in virtù del principio di giustizia che *nemo locupletari debet cum alterius iactura.*

3.° Quando l'inesecuzione di dette opere rechi danno, bisogna distinguere se la servitù venne imposta dalla natura senza verun concorso di opera di uomo, o venne costituita col fatto dell'uomo, perchè in questo secondo caso il proprietario del fondo dominante, che col fatto proprio la costituiva e se ne giova, è tenuto a far sì che l'esercizio della medesima non cagioni danno all'altro proprietario, non essendo punto giusto che chicchessia

col fatto proprio possa recar danno altrui (art. 642). Quando invece la servitù venne costituita dalla natura e l'esecuzione delle succennate opere giovi ad uno di essi, veruno di costoro ci sembra possa essere tenuto a farle, perchè il danno che si soffre *ex natura loci* o per altro fatto naturale conviene che sia comportato in pace da colui che lo soffre, salvo che a lui stesso piaccia liberarsene, facendo le opere richieste perchè l'esercizio della servitù naturale, mentre non sia impedito, a lui pur torni di minor disagio.

4.° Quando la necessità delle nuove opere o riparazioni sia stata causata nè dalla natura nè dal fatto stesso dell'esercizio della servitù, ma direttamente dal fatto personale di chicchessia, costui sarà pur tenuto a ripristinare le cose nel loro stato normale ed a risarcire ogni danno arrecato.

In siffatta guisa il codice italiano nella proposta materia adottò principii più sani, più equi che non si leggono nel codice francese e che non vengono pure enunciati dai suoi più illustri commentatori. Non vogliamo già accennare alla dottrina professata dal Pardessus e dal Garnier, i quali, come innanzi abbiamo veduto, impongono al proprietario servente in tutti i casi l'obbligo di nettare l'alveo ingombrato, facendo ricorso alla legge 14 fiorile anno XI. Che già il Toullier (1) ebbe ad osservare come la lettera e lo spirito della suddetta legge, sulla quale essi si fondavano, distruggevano compiutamente la loro opinione. Che l'art. 2 di questa legge disponeva che *la quantità della contribuzione di ciascuno gravato doveva essere relativa al grado d'interesse che aveva ai lavori da effettuarsi.*

Ma v'ha di più. Essi, al dire dello stesso Toullier, facevano la più falsa applicazione della detta legge alla servitù di scolo delle acque private delle quali parlava l'art. 640 del codice francese (art. 536 cod. ital.). Questa servitù non contempla il caso dei fiumi che formava l'oggetto della succennata legge 14 fiorile anno XI, come presso di noi il corso dei fiumi e di altre acque pubbliche forma l'oggetto della legge speciale sulle opere pubbliche del 20 marzo 1865. Chè trattandosi del corso di acque pubbliche, a ragione i legislatori se ne preoccuparono pel pericolo di gravi inondazioni e per motivi di pubblica igiene. E sancirono diversi provvedimenti tendenti a stabilire ed ordinare il corso delle suddette acque, sino a disporre che i minori corsi naturali di acque pubbliche distinti dai fiumi e torrenti colla denominazione di *fossati, rivi* e *colatori pubblici* fossero mantenuti dai proprietari dei beni che li fronteggiano o di quelli cui servono di scolo, e dai possessori delle suddette acque (art. 102 legge sulle opere pubbliche).

---

(1) TOULLIER, *Corso di diritto civile francese*, vol. XI, pag. 378.

Ma nel caso di scolo naturale di acque private, il quale può interessare soltanto un numero più o meno limitato di fondi vicini intersecati dalle suddette acque, quale interesse può mai rannodarsi all'ordine pubblico da rendere obbligatoria la manutenzione degli alvei dei suddetti corsi di acque private? Che pochi fondi privati sieno o no inondati o ben custoditi è un fatto che deve restar affidato alla prudente amministrazione e buon governo di ciascuno, e non può essere sottoposto al sindacato dell'ordinatore sociale.

Ma se la teorica del Pardessus e del Garnier non poteva essere adottata, a noi sembra ancora che nemmeno quella del diritto romano professata con aggiunte di ragioni dal Domat, Duranton, Merlin, Toullier, Demolombe e recentemente dal Laurent, soddisfacesse gli ultimi desiderati della scienza. E ciò non per difetto certamente di acume nei sopradetti grandi interpreti ma perchè il codice francese è privo assolutamente delle sapienti disposizioni contenute negli art. 537, 538 e 539 del codice civile italiano. I suddetti scrittori, come innanzi vedemmo, memori della dottrina romana che venne formulata da Paolo nell'alternativa: *ut aut ipse purgaret, aut patiatur in pristinum statum eam redigere,* L. 3 dig. § 1 *de aqua et aquae;* e facendo pur ricorso alla disposizione contenuta nell'art. 698 del codice francese corrispondente all'art. 641 italiano, insegnarono che il proprietario superiore potesse recarsi nel fondo inferiore per eseguirvi tutte quelle opere che vi fossero richieste pel conveniente uso della servitù e quindi per spurgare gli alvei dei corsi di acqua. Ora il sostenere semplicemente che le opere richieste si possono eseguire dal proprietario dominante non ci sembra che significhi costruire una completa ed adeguata dottrina su questo argomento. Imperocchè innanzi abbiamo dimostrato che quante volte la rimozione degli ingombri formatisi nel letto del corso d'acqua giovi non solo al proprietario superiore per evitare dannosi rigurgiti, ma ancora all'inferiore per difendere il suo fondo dalle inondazioni; in tal caso l'art. 539 del codice italiano faculta ciascuno dei suddetti proprietari a costringere gli altri interessati alla contribuzione della spesa richiesta per la rimozione degli ingombri, e così si evita l'assurdo che pur si avvera, secondo il sistema quasi generalmente accettato dalla scuola francese, che anche quando il proprietario inferiore (servente) migliori la sua condizione per le opere eseguite dal superiore (dominante), il primo debba farsi più ricco a spese altrui, con flagrante offesa dell'antica massima: *iure naturae aequum est, neminem alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem.* Leg. 206 dig. *de regulis iuris.*

VII. *Dei ripari lungo i fondi attraversati o costeggiati dalle acque private per difenderli dalle medesime quando per un accidentale torrente invadessero i campi.*

Il divieto imposto al proprietario inferiore di fare alcuna cosa che possa impedire lo scolo naturale delle acque del fondo supe-

riore, non significa già che ciascun rivierasco o proprietario inferiore non possa costruire dei ripari i quali, mentre non impediscono il corso alle acque che costeggiano o attraversano i propri fondi, servono a garentirli contro tutti i luttuosi accidenti e danni che provengono dalle inondazioni. Questa dottrina si rinviene pure nel diritto romano, perchè nel titolo *de ripa munienda* leggiamo: « Praetor ait: Quominus illi in flumine publico ripave eius opus facere, ripae agrive qui circa ripam est, tuendi causa liceat; dum nè ob id navigatio deterior fiat »; e poco più appresso: « Ripas fluminum publicorum reficere, munire utilissimum est ». E ciò veniva detto non soltanto pei fiumi, mentre in fine del suddetto titolo pur si legge: « Illud notandum est quod ripae, lacus, fossae, stagni muniendi nihil Praetor hic cavit. *Sed idem erit observandum, quod in ripa flumina munienda* ». E vennero anche riconosciuti siffatti principii dal Cepolla (1), dal Domat (2), dal Duranton (3), dal Pardessus (4), dal Demolombe (5) e recentemente dal Laurent (6). Crediamo però opportuno qui notare che mentre pei fiumi ed i torrenti in virtù dell'articolo 103 della legge sulle Opere Pubbliche, i lavori suddetti di difesa sono obbligatorii, e secondo la categoria diversa delle opere sono posti a carico del Governo, delle provincie e dei proprietari e possessori dei beni laterali ai detti fiumi e torrenti; certamente non può sostenersi lo stesso riguardo agli argini e ripari che si costruiscono per difendersi dai corsi di acque private. E la ragione è evidente. I danni provenienti dalle inondazioni dei fiumi e dei torrenti sono troppo gravi e però giustamente dall'autorità pubblica sono presi dei provvedimenti atti a scongiurarli; ma nel caso di danni provenienti dai corsi di acque private, non presentandosi pericoli d'interesse pubblico, perchè le inondazioni possano danneggiare solo pochi fondi privati, non ci sarebbe stata veruna ragione per rendere obbligatorie al privato le costruzioni di difesa dei proprii fondi.

Come facilmente si ravvisa, quando le costruzioni dei lavori di difesa facciano rifluire alquanto le acque sui fondi superiori, la rigidezza del principio sanzionato nell'articolo 536 di non potersi impedire lo scolo naturale delle medesime viene alquanto mitigata, e il Demolombe e il Laurent nei luoghi citati ne adducono le seguenti due ragioni: 1.° L'articolo 536 suppone che si tratti di acque che hanno un corso regolare. Ma se si tratti di un torrente devastatore, allora si versa nell'ipotesi di avvenimenti di forza maggiore, contro i quali ognuno ha diritto di premunirsi, come può cercare di preservarsi da nemica invasione. 2.° Questo diritto di difesa per tanto deve meglio essere ricono-

(1) Tract. 2, cap. XXXVIII, n. 2.
(2) DOMAT, *Leggi civili*, lib. II, tit. VIII sez. III.
(3) DURANTON, *Corso di diritto civile francese*, t. V, n. 162.
(4) PARDESSUS, *Trattato delle servitù prediali*, t. I, n. 92.
(5) DEMOLOMBE, vol. VI, n. 30.
(6) LAURENT, *Droit civil*, VII, n. 358 e 368.

sciuto per quanto a tutti i vicini è pur conceduto di fare altrettanto, di maniera che se costoro poi siano impreveggenti, non hanno diritto di lamentarsi di coloro che sono previdenti. Queste due ragioni, considerata isolatamente, non hanno molto valore. Difatti il dire che la difesa è a tutti conceduta nei casi di forza maggiore, non ci sembra che sia una ragione sufficiente a giustificare la succennata dottrina, perchè il diritto di difesa può essere riconosciuto, ma però sotto l'espressa condizione che la difesa dei propri fondi non contenga l'offesa delle proprietà altrui. Però il dire che il proprietario inferiore appunto per difendersi possa costruire degli argini e dei ripari, malgrado che queste sue costruzioni siano la causa di fare irrompere le acque sui fondi superiore, non ci sembra che sia una buona ragione per adottare la succennata dottrina, perchè innanzi dimostrammo come l'uso o la difesa delle nostre proprietà non possa sorpassare il limite stabilito dall'antico adagio romano: *In suo alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat.*

Se la naturale situazione dei luoghi è tale, che o il fondo superiore o in sua vece l'inferiore debba essere condannato alla morte dalle inondazioni, sarebbe giusto che perisca piuttosto quello che venne dalla natura destinato alle inondazioni perchè la *vis divina,* il *fatum* non il mio ma il suo fondo venne a colpire, e a veruno è dato sottrarsi con danno altrui al *detrimentum fatale* del quale è *vittima.* Ma se la detta ragione non sembra sufficiente a giustificare la succennata dottrina, questa purtuttavia ci sembra potersi sorreggere, riunendosi alla seconda delle indicate dal Demolombe e dal Laurent, e fecondandole amendue col canone fondamentale che governa la materia delle servitù prediali: *quod tibi non nocet aut parum nocet est faciendum.* E di vero quando la naturale situazione dei luoghi è tale che o il fondo superiore o l'inferiore dovesse subire il fatto delle inondazioni, in tal caso diciamo potersi concedere al fondo inferiore la facoltà di forticare la sua sponda per allontanare le inondazioni, perchè una simile facoltà viene pure riconosciuta nel fondo superiore, di maniera che quest'ultimo col peso di siffatte reciproche fortificazioni, libererebbe i fondi inferiori dalle inondazioni, e però, sebbene per principio generale non fossero i fondi superiori tenuti a soffrire gl'impedimenti fatti ed i maggiori riflussi di acqua cagionati dai fondi inferiori, pur tuttavolta, trattandosi che le suddette opere di fortificazioni scambievoli sarebbero pei fondi superiori non un gravissimo peso e libererebbero i sottoposti dagli infiniti danni provenienti dalle inondazioni, in tal caso per la nota massima succennata, trattandosi di un non grave danno da tollerarsi dal fondo superiore e di liberare da un gravissimo il fondo inferiore, ci sembra potersi ammettere l'antica e moderna dottrina secondo la quale viene fatto lecito al proprietario inferiore di munire le sue sponde dal pericolo dalle inondazioni, anche quar un qualche lieve danno ne dovessero subire i fondi superiori, colla costruzione dei propri ripari.

Ma che dovremo dire quando malgrado le fatte costruzioni di difesa sul fondo superiore, il riflusso delle acque cagionato dai ripari del fondo inferiore sia tale che invertendo l'ordine naturale dello scolo delle medesime cagionino straripamenti sui fondi superiori? Il Laurent su questo proposito si spinge a dire che anche in tal caso il fondo superiore non ha di che querelarsi coll'inferiore. Ecco precisamente le sue parole su questo argomento: « Que faut-il decider si les travaux défen-« sifs ont pour effet de faire refluer le eaux sur le fond supe-« rieur? Nous avons examiné la question en ce qui concerne « les fleuves et les rivières (n. 293). Les mèmes principes s'ap-« pliquent par analogie à toutes les eaux. Il ne peut guère « s'agir que des eaux torrentielles, qui ne forment pas de « cours d'eau réguliers. La cour de Chambery a jugé que le « propriétaire inférieur pouvait se défendre contre l'irruption « d'eaux torrentielles qui tous les dix ou quinze ans tombent « à la suite d'orages épouvantables et dévastent tout sur leur « passage. Certes, ce n'est pas pour des accidents de force « majeure que l'article 640 a été porté; le code suppose des « eaux qui ont un cour régulier. Si c'est un torrent dévastateur, « tous les propriétaires ont le droit de repousser les attaques « de l'ennemi (1) ».

E nella fine del numero 358 dice: « Les travaux exécutés par « la ville de Bruxelles étant purement défensifs, elle n'a fait « que ce qu' elle avait le droit de faire, et ce que les riverains « d'amont pouvaient faire également.

« Si, malgré les travaux de défense, il y a des riverains qui « éprouvent un dommage, ils doivent s'en prendre à la nature, « mais ils ne peuvent certes pas demander que la ville se laisse « submerger a fin d'empêcher leurs fonds d'être inondés; dans « le cas d'un danger commun, chacun se défend pour son « compte ».

Quest'ultima conchiusione del Laurent ci sembra oltremodo eccessiva. Di fatti se per le esposte considerazioni di evitare i danni supremi delle inondazioni sarà lecito al proprietario inferiore costruire dei lavori difensivi e costringere il proprietario superiore a fare altrettanto, non crediamo però che possa mai essere ritenuto conforme ai principi di giustizia per quante volte i lavori sul fondo superiore non possano garentirlo dalle inondazioni e queste siano causate dai lavori difensivi fatti sul fondo inferiore, quest'ultimo possa liberarsi con danno del predio superiore da quelle inondazioni alle quali venne condannato dalla natura.

Non è già che da noi si possa contraddire che la città di Bruxelles non avesse avuto il diritto di fortificarsi con ripari e

---

(1) Laurent, *Principes de droit civil*, vol. VII, n. 366.

premunirsi dai pericoli delle inondazioni, anche quando siffatti ripari, fossero stati la cagione della rovina di innumerevoli fondi vicini. La vita di una sì illustre città certamente aveva diritto a sacrifizi anche maggiori. Ma la richiesta di simili sacrifici ci sembra che non possa farsi in virtù dell'articolo in disamina o dei principî generali che governano le servitù, bensì in virtù dei provvedimenti occasionati da leggi speciali relative ad opere di pubblica utilità. Se non che noteremo da ultimo come la quistione da noi innanzi esaminata ha minore importanza sotto l'impero del codice italiano che del francese.

In effetti, come innanzi avemmo occasione di ragionare, il codice italiano nell'articolo 427 annovera fra le cose del demanio pubblico i fiumi ed i torrenti senza l'espressione limitata « flottables et navigables » contenuta nell'articolo 538 del codice francese. Presso di noi adunque è sancito che ogni fiume o torrente, sia o no capace di esser navigato o di servire come mezzo di trasporto, purchè sia alimentato da tale quantità di acqua da poter eccitare speculazioni dell'industria e dell'agricoltura e di un interesse più o meno generale, forma parte del demanio pubblico. E in virtù di una sì fondamentale mutazione di principî l'art. 102 della legge sulle Opere Pubbliche prescrive:

Art. 102. « I minori corsi naturali di acque pubbliche distinti « dai fiumi e torrenti colla denominazione di « FOSSATI, RIVI E « COLATORI PUBBLICI, » sono mantenuti dai proprietari dei beni « che li fronteggiano o di quelli cui servono di scolo, e dei « possessori od utenti delle loro acque.

« Per tale manutenzione e per regolare l'ordinamento del- « l'alveo dei suddetti corsi di acqua si stabiliscono consorzi in « conformità del disposto nel capo II di questo titolo, quando « concorra l'assenso degl'interessati a seconda dell'articolo 108 ».

Per siffatte disposizioni essendo stati dalla nostra legislazione dichiarati pubblici quasi tutti i corsi di acqua, pei quali i ripari non solo sono permessi, ma obbligatori, la nostra soluzione sarebbe applicabile soltanto ai pochi corsi privati di acque pur rimasti tra noi.

VIII. *Il proprietario del fondo superiore può fare lavori di coltura dai quali fosse aggravata la servitù di scolo naturale delle acque sui fondi inferiori?*

È questa una questione delle più ardue del presente nostro argomento. Nel titolo *de aqua et aquae pluviae arcendae* del digesto ritroviamo diversi frammenti relativi alla medesima. Leggendoli ravvisiamo come in generale per diritto romano si ammettesse potersi aggravare la servitù dello scolo naturale delle acque coi lavori richiesti per coltivare i campi e per percepirne i frutti. Però a noi sembra che i giureconsulti romani non avevano tutti criterii identici nel diffinire quali proprio fossero i suddetti lavori.

E di vero Sabino e Cassio ritenevano che *qualunque lavoro*

fatto per la coltura del fondo fosse stato esente dall'azione *de aqua et aquae pluviae.*

« Idem Sabinus, Cassius, opus manufactum in hanc actionem « venire aiunt: *nisi si quid agri colendi causa fiat* ».

Quinto Mucio poi non era così largo per gli agricoltori. Permetteva solo i lavori fatti *coll'aratro* a fine di *coltivare il campo.*

« De eo opere quod agri colendi causa *aratro factum sit,* « Quintus Mucius ait non competere hanc actionem ».

Trebazio era anche più severo, non solo richiedeva l'aratro, ma voleva che si fosse trattato solo *dell'aratura per conseguire il frumento.*

« Trebatius autem non quod agri, *sed quod frumenti dumtaxat quaerendi causa aratro factum sit, solum excepit* ».

Labeone era molto liberale. Diceva che le operazioni fatte per conseguire i frutti, erano fuori dell'azione; nè doveva importare vedere per quali frutti fosse stato fatto quel lavoro.

« Labeo etiam scribit: *Ea quaecumque frugum, fructuumque recipiendorum causa fiunt, extra hanc esse causam; neque referre quorum fructuum percipiendorum causa id opus fiat* ».

Paolo insegnò che la voce frutti si dovea prendere in senso di rendita e non in significato restrittivo.

« Frugum pro redditu appellari, non solum quod frumentis aut leguminibus, verum et quod ex vino, sylvis caeduis, cretifodinis, lapicidinis, capitur »

Mucio opinava che non tutti i lavori per ragione della coltura fossero stati permessi, ma solo quelli necessari. Così quando taluno può arare e seminare senza solchi acquai; egli è tenuto, se ne fa, *ancorchè il faccia per la coltura del fondo.* Ma quando non può seminare, se non fa solchi acquai, egli non è tenuto per niente.

« Sed et si quis arare et serere possit etiam sine sulcis acqua-« riis, teneri eum si quid ex his, *licet agri colendi causa* « *videtur fecisse.* Quod si aliter serere non possit nisi sulcos « aquarios fecerit; non teneri ».

Dagli ascoltatori di Servio viene riferito che la piantagione di salici non era permessa come lecita coltivazione del fondo. Che se l'acqua ristagnava, competeva al vicino l'azione del costringere l'acqua se fosse nociuta.

« Sed apud Servii auditores relatum est: si quis salicia po-« suerit, et ob hoc aqua restagnaret; aquae pluviae arcendae « agi posse, si ea aqua vicino noceret ».

Ma maggiore a noi sembra il fluttuar delle opinioni dei moderni giureconsulti.

Il Pardessus, il Duranton, il Demolombe, il Traina, il Mazzoni, il Dionisotti, il Laurent, e recentemente il Gianzana opinano per ragioni più o meno diverse, e col dare una estensione alla loro dottrina più o meno larga, che l'obbligo del proprietario superiore di non aggravare la succennata servitù non si estenda

sino al punto da interdirgli qualunque opera sia richiesta per la coltura del fondo. Il Pardessus ragiona così:

« Non si debbono, per esempio, considerare come proibiti « quei lavori che necessitano per la conservazione e la coltura « dell'immobile. Se dunque un proprietario stimasse opportuno « di farvi dei solchi più in declivio o dei canaletti più profondi « di quelli che per l'innanzi vi siano stati; se adottasse un modo « di colatura, come la conversione d'una terra seminatoria in « una risaia, in un prato da irrigarsi; se aumentando il terreno « innalzasse il suo fondo in guisa che conservi o assorba meno « acqua che nello stato anteriore, ancorchè per effetto di « questi cambiamenti le acque fluissero poscia con maggior ra- « pidità o abbondanza sul fondo inferiore, il sopraccarico che « questo sperimenterebbe sarebbe reputato un mero effetto della « coltura. Or essendo la coltura lo stato naturale di un fondo « per l'interesse della società, non si potrebbe dire che le acque « avessero cessato di scolar naturalmente. Chè anzi potrebbe « il proprietario superiore non pur dirigere i suoi solchi, ma « altresì i canali necessari al prosciugamento del suo terreno « verso il tale piuttosto che verso il tal altro fondo inferiore. « Il proprietario del fondo cui accadesse di riceverle non avrebbe « mica il diritto di astringerlo a mutar questa direzione, sotto « pretesto che il modo di coltura da lui scelto sia inusitato o « meno essenziale nel paese, o che, da oltre trent'anni, non « l'abbia adoperato, e che, se vero è ch'egli migliora il suo « fondo, lo migliori con discapito del fondo inferiore.....

« Se s'interdice di nuocere ad altri, non è già violar questo « principio l'usare del nostro diritto, ancorchè l'esercizio ne di- « venisse pregiudizievole per un altro (1) ».

Il sopraccennato ragionamento del Pardessus e le sue conclusioni non sembra che possano essere pienamente accettate. Il suo discorso si può restringere in due ragioni: 1.ª La coltura dei fondi è lo stato naturale dei luoghi per l'interesse della società. 2.ª Quando coltiviamo le nostre terre in quel modo che a noi meglio piaccia, esercitiamo un nostro diritto, e l'esercizio del proprio diritto ancorchè noccia ad altri non può essere vietato. *Qui utitur iure suo neminem laedit.*

La prima ragione non ci persuade, perchè lo stato naturale dei luoghi cui accenna l'articolo 536 del codice civile italiano, corrispondente all'articolo 640 del codice francese, non è punto *lo stato cui la natura ha destinato i fondi per l'interesse della società*, come assume il Pardessus, ma è quello stato tale quale fu dalla natura concesso a ciascun proprietario. Se altrimenti fosse, dovremmo pur dire che le servitù legali sancite dagli articoli 606 e 609 del codice civile italiano, i quali mercè valido e pingue indennizzo e l'adempimento di parecchie condizioni e

(1) PARDESSUS, *Trattato delle servitù prediali*, pag. 60, n. 86.

formalità, riconoscono la servitù di scarico delle acque soprabbondanti dal fondo superiore e quella richiesta pel prosciugamento e bonificazione delle terre, non avrebbero ragione di essere; anzi questi articoli sarebbero in completo e flagrante urto col nostro articolo 536 corrispondente al 640 francese. Di fatti, come mai il codice italiano, coi suddetti articoli 606 e 609 e i legislatori francesi colla legge speciale del 10 giugno 1854, avrebbero autorizzato col peso di gravi indennità e di altri noiosi adempimenti lo scolo dell'acqua sui fondi altrui, richiesto per prosciugare i fondi, quando secondo la dottrina bandita dal Pardessus, questo diritto di scolo era pur riconosciuto dall'articolo 640 e 536? In effetti dovendosi ritenere, secondo l'eminente giureconsulto francese, che lo *stato naturale dei fondi* sia proprio quello *cui la natura li ha destinati per l'interesse della società* dovremmo pur riconoscere la conseguenza dallo stesso scrittore enunciata, che cioè un proprietario possa *pur costruire i canali necessari pel prosciugamento dei suoi terreni*. La prima ragione del Pardessus va ad infrangersi adunque in un assurdo ineluttabile. Ma nemmeno ha valore la seconda delle sue ragioni. « Noi non siamo obbligati, egli dice, di astenerci dal fare, in pregiudizio degli altri, checchè ci piaccia sul « nostro fondo, tranne quando vi si oppongono le leggi, il bene « pubblico o delle servitù convenzionali. L'esercizio del proprio « diritto non offende giuridicamente nessuno ». Questo secondo ragionamento del Pardessus si raggira in una petizione di principio. Egli dà per dimostrato, che, quando taluno per l'interesse della sua cultura giunge sino a costruire canali e scarichi le acque sui fondi altrui, eserciti il proprio diritto e non insorga contro il dettato dell'articolo 640-536, il quale invece recisamente dispone che lo scolo debba esser naturale « senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo » e che « il proprietario del « fondo superiore non può fare alcuna cosa che renda più gra- « vosa la servitù del fondo inferiore ».

Il Duranton (1), il Demolombe (2), il Dionisotti (3), il Traina (4), fanno proprie le suddette ragioni del Pardessus e rammentando parecchi luoghi che si leggono nel digesto nel titolo *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ*, aggiungono più o meno quanto colla consueta sua lucidezza viene esposto dalle seguenti parole del Mazzoni: « Egli è dovere di conciliare il rispetto alla proprietà « altrui coll'esercizio della propria. Se per troppo favorire l'una, « restringessimo soverchiamente l'altra, cadremmo in un eccesso « non meno ingiusto di quello che ne è nello smodato esercizio della « propria con danno dell'altra. Poi l'agricoltura, oltre di essere

---

(1) Duranton, *Corso di diritto civile francese*, t. V, pag. 1
(2) Demolombe, *Corso di diritto civile francese*, t. VI, n. 39.
(3) Dionisotti, *Delle servitù delle acque*, n. 136.
(4) Traina, *Le servitù legali sulle acque*, pag. 66 e 67.

« d'interesse generale e perciò da favorirsi con benigne inter-
« pretazioni, è ancora lo stato a cui la natura ha destinato i
« fondi, e i lavori che richiede sono d'ordinario una necessità
« della situazione dei luoghi. In conseguenza non immeritamente
« può dirsi che l'aggravamento inevitabile, che ne seguisse, deve
« in certa guisa considerarsi come un modo naturale della ser-
« vitù » (1).

Se non che gioverà pur qui notare che se il Duranton, il Pardessus, il Traina e il Dionisotti sostengono che il proprietario del fondo superiore possa fare tutte le opere che crede non solo necessarie ma anche semplicemente utili per la coltivazione del suo fondo, il Demolombe (2) invece ed il Pacifici-Mazzoni ritengono, che nei casi nei quali si tratti di opere non necessarie ma semplicemente utili per la coltivazione dei fondi, e nei quali il proprietario del fondo superiore voglia vantaggiare la sua condizione, sia con migliore coltura, sia con lo stabilimento di una industria, l'autorità giudiziaria deve per analogia applicare la disposizione dell'articolo 544, conciliando gli opposti diritti dei proprietari superiore ed inferiore nel loro interesse privato, non meno che nell'interesse generale dell'agricoltura e dell'industria (3).

Il Laurent anche si associa al Demolombe, però dopo avere formulata la quistione che ci occupa risponde:

« Si l'on s'en tenait au texte de l'article 640, on ne pourrait
« pas même poser la question, car il prohibe toute aggravation
« de la servitude résultant des faits du propriétaire supérieur.
« Mais on ne peut pas séparer la loi de la tradition à laquelle
« elle se rattache. La servitude consacrée par le code civil
« vient du droit romain, et certes le législateur francais n'a
« pas entendu se montrer plus rigoureux que les jurisconsultes
« de Rome, qui d'habitude donnent tant à la rigueur des prin-
« cipes ». E dopo avere rammentate le teoriche dei giureconsulti romani favorevoli alla coltura dei fondi egli dice: « Il serait
« tout aussi absurde de immobiliser la culture d'un fond jusq'u
« à la fin des siécles, que à de le condamner á une éternelle ste-
« rilité ».

E gioverà pur notare come il Laurent uniformemente al Demolombe ritiene che sia permesso al proprietario superiore non solo di aggravare la servitù per ragione della coltura dei fondi, ma ancora pel fatto delle costruzioni. « Les fonds sonts destinés
« (egli dice) à ètre bâtis aussi bien qu'à ètre cultives; empè-
« chera-t-on le propriétaire de paver sa cour non pavée? Ici
« encore l'équité doit tempèrer la rigueur du droit. S'il y a
« contestation entre les deux propriétaires le juge s'inspirera

(1) Emidio Pacifici-Mazzoni, *Delle servitù legali*, n. 25.
(2) Demolombe, *Corso di diritto civile francese*, vol. VI, n. 40 e 42.
(3) Pacifici-Mazzoni, *Delle servitù legali*, n. 26, pag. 18.

« de l'équité qui a dicté les décisions des jurisconsultes ro-
« mains ».

Se non che il Laurent conchiudendo ritorna a dire che la sua dottrina non è uniforme al testo del codice, ma è l'esempio dei giureconsulti romani e la natura delle cose che gl'impone la soluzione della controversia nel modo da lui accennato. « Le « code ne le dit pas, mais la nature des choses l'implique, et « l'exemple des jurisconsultes romains l'autorise; non pas que « l'interpréte ait en général la latitude de décision qui appar- « tenait aux jurisconsultes de Rome, mais quand le code a « emprunté un principe aux lois romaines, il est naturel de « l'entendre et de l'expliquer conformément à la tradition (1).

L'Agresti e dopo di lui lo Scialoia ed il Pisanelli richiamarono pure la loro attenzione su questa importante controversia ed insegnarono una contraria dottrina. Ecco come ragiona il primo di essi:

« Permette la legge, e permetter deve pel bene comune il « più libero arbitrio nella coltura delle terre, accorda ampia- « mente la facoltà di piantare e di edificare, ma sempre con la « limitazione invariabile che non si operi in alcun modo il « danno altrui. Così ciascuno può mutare la superficie del proprio « fondo, ma non mai in danno di altri.... Così le diverse facoltà « inerenti al diritto dominicale possono rimanere più o meno « interdette per la posizione relativa delle terre e regge sempre « un principio unico: ampiezza di disporre; limite costante in « quanto non si occasioni giammai il danno altrui. Questo prin- « cipio animatore di tante disposizioni diverse non tace già nella « sola specie proposta. Tutti i proprietari potranno addire i « loro fondi alla coltura del riso, finchè il modo di questa col- « tura, che è certamente la loro opera, non arrechi pregiu- « dizio ad alcuno. Se lo scolo naturale delle acque, *altrimenti « che pel loro corso naturale*, fosse immediato e diretto in « modo che per la specie della coltura sorgesse così o restasse « aggravata la servitù del fondo inferiore messo in contiguità « del fondo superiore non vi sarebbe ragione di dubitare: si « sarebbe nel caso della disposizione testuale del più volte ci- « tato art. 562 ».

E poco più appresso, lo stesso Agresti soggiunge:

« *Sarà forse lecito al giudice di valutare nella quistione il « vantaggio della nuova coltivazione?*

« Non si creda, dopo le osservazioni premesse, che sia in « facoltà dei giudici di stabilire eglino un calcolo tra l'utilità « maggiore del proprietario superiore per la libertà della col- « tivazione del riso, ed il minor danno del proprietario sotto- « posto, per essere poco sensibile il volume delle acque, che « occupi così il suo fondo, quasi potesse dirsi: la coltura del

(1) Laurent, *Droit civil*, t. VII, n. 370, pag. 437.

« riso porti al proprietario del fondo superiore un aumento di
« rendita eguale a 100; le acque adoperate per la coltura re-
« cano al proprietario del fondo inferiore un danno uguale a
« 50: la coltura deve permettersi a motivo che il danno di
« cinquanta è più che compensato dal vantaggio di cento.

« Occorre avvertire, che la legge, nell'emettere le sue disposi-
« zioni regolatrici, sottopone a calcolo i gradi di reciproca utilità
« e di mutuo svantaggio, che risultano a riguardo dei privati
« dai suoi provvedimenti generali. Dopo determinati con simili
« vedute i limiti del godimento di ciascuno, non è permesso al
« magistrato di fare egli un secondo calcolo speciale, onde re-
« golare sopra un simile dato i giudizi.

« Ne soffrirebbe la stabilità dei diritti di ciascuno: suben-
« trerebbe l'arbitrio in luogo di norme costanti delle leggi. Per
« regolare i diritti dei proprietari in ordine allo scolo ed al-
« l'uso delle acque, come anche a riguardo delle distanze da
« serbarsi per le opere di fabbriche e di piantagioni, occor-
« rerebbero sempre giudizi speciali in gran numero, onde de-
« terminare, se in ragione di danno più o meno grave, non deb-
« bansi modificare gli statuti nelle distanze, e non debbansi
« permettere lavori, che variino o accrescano lo scolo naturale
« delle acque, per effetto di opere dell'uomo.

« Si urterebbe direttamente contro le disposizioni dei citati
« articoli, che vietano ogni alterazione dello stato dei luoghi,
« come delle stesse servitù costituite, sia comunque lieve la
« misura del danno che ne derivi.

« Niuno ha diritto di usare delle proprie cose in modo da
« cagionare un danno qualunque oltre i limiti generali delle
« leggi; niuno conseguentemente ha l'obbligo di tollerarlo.

« È ben lieve la considerazione, che le acque si aprono da
« per tutto un passaggio naturale a traverso le profondità della
« terra. Allorchè questo passaggio avvenga naturalmente, ciascun
« proprietario ne profitta, o ne soffre. Quando sia evidente che
« il danno viene *dall'opera dell'uomo*, non è permesso di con-
« fonderlo col danno che avvenga pel corso naturale delle
« cose. La legge ha stabilita giustamente questa diversità sen-
« sibilissima in termini precisi.

« Non conviene cavillare per alterarla, per confondere due cose
« così distinte l'una dall'altra, per autorizzarsi un danno reale
« occasionato dalla mano dell'uomo sotto pretesto che simili
« danni possono derivare ancora dal corso irreparabile della
« natura » (1).

Il trascritto ragionamento dell'Agresti a noi sembra compren-
dere *qualsiasi specie di coltura* arrecasse danno al fondo in-
feriore e non potersi limitare al solo caso da lui più accurata-
mente esaminato che il proprietario superiore irrighi il suo

(1) AGRESTI, vol. IX, pag. 304.

fondo in modo che le acque filtrino a danno del fondo inferiore, secondo l'interpreta il Pacifici-Mazzoni (1). Uniformi a quello dell'Agresti sono brevi ragionamenti fatti su questo obbietto dallo Scialoia e dal Pisanelli nei loro commenti al codice di procedura civile sardo.

Il Gianzana nel suo recentissimo trattato sulle acque combatte la dottrina dell'Agresti colle considerazioni che trascriviamo:

« Quello che ci guida a voler qui usato il potere conciliativo « dell'autorità giudiziaria, pel quale venga permessa o negata « la coltura irrigua, salvo indennizzo a seconda dei casi, è una « riflessione non di diritto, ma suggeritaci dalla pratica.

« Se fosse vero che, impedita la coltivazione a riso, il fondo, a « cui si toglie una siffatta facoltà potesse essere utilmente im« piegato ad altra coltivazione, io sottoscriverei all'opinione d'A« gresti, ma le conseguenze mi spaventano. Ho visto nei nostri « paesi delle bassure, che sono sempre state infruttifere: i pro« prietari della maggior parte di esse, per lo più i grandi te« nimentari, volendo rendere irrigui tali beni, abbassarono le « alture circostanti, ed alzarono con la terra, ad esse tolta, « la valle; volle combinazione, che in essa rimanessero due o « tre piccoli proprietari di porzioni insignificanti di terreno, « che lavoro siffatto non poterono fare e per mancanza di mezzi, « e per non avere fondi atti da buonificare, e così colmare le « bassure.

« I fondi buonificati furono posti a riso: ne avvenne, che na« turalmente l'acqua filtrando attraverso la zona bonificata, ed « il terreno smosso, producesse rilevanti sortume ai fondi dei « due o tre piccoli proprietari, ivi racchiusi.

« Or bene, domando io, vi è serietà nel pretendere, che per « dieci o dodici pertiche di terreno incolto o quasi, non pos« sano buonificarsi centinaia di giornate, il cui reddito è la « fortuna di una famiglia non solo, ma d'un villaggio intero? « Ai sostenitori rigidi del ferreo *gius* di proprietà sottopongo « il quesito, certo, che spaventati dalle conseguenze non po« tranno insistere nelle loro teoriche; senza il sacrificio delle « unità al vantaggio sociale, non vi può essere, nè progresso « in agricoltura, nè grandi bonifiche di terreni, nè quelle ri« voluzioni agrarie ed industriali, che formano la grandezza « d'un paese.

« È certo, che io mi sentirò opporre, che è canone di diritto « che, verificatosi il danno, deve non solo pronunciarsi l'in« dennizzo, ma togliersene la causa; che la missione concilia« tiva dell'autorità giudiziaria pare limitata dall'art. 544 ai casi « contemplati in quella sezione; ma a me è facile rispondere, « che, se per l'art. 578 si impedisce di aprire un nuovo cavo,

(1) Pacifici-Mazzoni, *Delle servitù legali,* n. 26, pag. 18.

« quando ne vien danno ai fondi latistanti e cavi preesistenti,
« concedendosi all'autorità giudiziaria di conciliare coll'utile
« della nuova impresa il riguardo dovuto alla proprietà, non so
« perchè debba essere impedito alla stessa autorità di non
« pronunciare un divieto, che non è scritto alla fin fine in
« nessuna legge positiva, e conciliare in benefica armonia
« gl'interessi della proprietà con quelli dell'industria e dell'a-
« gricoltura.

« Certamente, che l'art. 544 non è scritto nel luogo più adatto,
« ma i verbali delle Commissioni legislative, la sua ampia di-
« zione, il modo con cui fu sempre interpretato, tutto porta a
« credere, che in ogni caso possa in materia d'acqua essere
« applicato.

« E così essendo la cosa, è chiaro, che la nostra tesi dev'es-
« sere accolta: vale a dire, che deve lasciarsi all'autorità giu-
« diziaria il vedere, se conviene negare o permettere la colti-
« vazione a risaia; quando il danno da essa prodotto è rile-
« vante, essa condannerà all'indennizzo, ed inibirà la coltura
« dannosa; quando invece il danno, che si avrebbe dal sopprimere
« questa coltivazione, fosse di gran lunga superiore al van-
« taggio, che potrebbe realizzarsi sul fondo sortumoso, crediamo
« possa l'autorità giudiziaria permettere la coltivazione del riso,
« *salvo a fissare una congrua indennità a chi ebbe deteriorato*
« *il fondo, la quale rappresenti il vantaggio, di cui è privato.*

« Come ognun vede, qui si conclude per una espropriazione
« direttamente d'*utilità privata*, indirettamente di *vantaggio*
« *pubblico*, simile in qualche modo a quella scritta nell'art. 578
« del codice civile, pel caso di colui, che con un acquedotto
« deteriori permanentemente il fondo latistante coi sortumi (1) ».

Il Borsari anch'egli si occupa della presente quistione. Egli ritiene che non si possa impedire al proprietario superiore la libertà della ordinaria coltivazione. Che non bisogna prender alla lettera le parole dell'articolo *senza il concorso dell'opera dell'uomo,* altrimenti significherebbe condannare il proprietario alla inazione, il fondo alla sterilità.

« L'uso anteriore e la consuetudine (egli dice nella fine del
« § 1079) influiscono potentemente nei giudizii che hanno ad
« oggetto di colpire il proprietario del fondo superiore per abuso
« del suo diritto di servitù. In quella medesima consuetudine
« di coltivare il fondo in un dato modo, e quindi di esercitare
« in un dato modo la servitù di scolo, il proprietario del fondo
« superiore ha già una difesa, comunque non si parla ancora
« di prescrizione. Perciò i gravi dubbii della dottrina si mani-
« festano là dove specialmente si tratti di novità che il proprie-
« tario viene facendo, e che da quello del fondo inferiore ven-

(1) *Le acque nel diritto civile italiano* per SEBASTIANO GIANZANA, vol. I, p. II, pag. 793.

« gono interpretate come atti che aumentano il peso della
« servitù ».

E nel seguente paragrafo 1080 sviluppando meglio la sua dottrina seguita a dire: « E qui bisogna aggiungere che indi-
« pendentemente dalla maggiore quantità di acque, la forza
« eziandio di espulsione che loro s'imprime, può riputarsi nociva,
« benchè siasi detto di sopra che la concentrazione ordinata
« delle acque che altrimenti verrebbero a spargersi sulla su-
« perficie del fondo può essere permessa. Ma ciò s'intende nei
« servigi di una agricoltura esercitata coi mezzi consueti, ap-
« partenente a quella che potrebbe dirsi la naturale coltiva-
« zione; la quale poi quando sia forzata e abbia mestieri di
« fattori estranei all'ordine consueto, ha il carattere di una
« innovazione dannosa a chi, non avendone alcun profitto, deve
« sopportare un maggior carico. Allora l'impeto della discesa
« ed il trascorrimento dell'acqua quasi valanga scompiglia, o
« dissesta almeno, le condizioni agricole del fondo inferiore;
« e se questo effetto ne risulta, ben si ha diritto di respin-
« gerlo.

« Ma che dovrà farsi in tale situazione di cose? Sarà negato
« al proprietario del fondo superiore di fare le opere agrarie
« che intanto gli sono utili? E nell'interesse generale dell'a-
« gricoltura che niun lavoro proficuo sia contrastato e impe-
« dito? Ora si vedrà, in primo luogo, se sia o no necessario di
« mandare codeste acque così raccolte sul fondo inferiore. Per
« cotal aumento, ci troviamo già fuori dei termini della servitù
« legale e del diritto puro e semplice di scolare le acque, con-
« sacrato dall'art. 536. Allorchè non si tratti che dell'esercizio
« del diritto, non si fa luogo a vedere se il superiore non po-
« trebbe a proprie spese o per vie sue proprie esonerare l'in-
« feriore dalla servitù che essendo *stabilita dalla legge* si eser-
« cita appunto come diritto. Ma dacchè non è tenuto a sostenere
« la servitù perchè eccessiva, il proprietario del fondo superiore
« non ha competenza per esercitarla se non per convenzione o
« dimostrando che non può in altro modo scaricarsi del super-
« fluo delle sue acque se non attraverso il fondo superiore. E in
« questo caso si lascia la disposizione dell'art. 535 e si entra in
« quella dell'art. 593. Il proprietario del fondo servente avrebbe
« diritto ad un'indennità (art. 594), oltrechè il richiedente do-
« vrebbe costruire il canale per far luogo al passaggio secondo
« la norma dell'art. 599» (1). Il Ricci su questa quistione si esprime
« così:

« Ma se dalle opere deviatrici del corso naturale delle acque
« sia per ritrarre il proprietario superiore un utile sensibile a
« riguardo dei suoi fondi, o le medesime siano anche reclamate

---

(1) Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, vol. 2, pag. 514 e 515.

« dalla necessità di coltura, non potrà, neanche in questi casi,
« aggravarsi la servitù dei fondi inferiori?
« Sinchè la controversia è ristretta all'applicazione dell'art. 536
« è fuori di dubbio che la servitù legale non può essere aggra-
« vata, perchè essa consiste essenzialmente nel ricevere le acque
« che scorrono naturalmente e non può per ciò estendersi a
« quelle cui siasi procurato un corso artificiale. Però il proprie-
« tario superiore ha in forza del disposto dell'art. 606, il diritto
« di chiedere il passaggio per lo scolo delle sue acque sul pre-
« dio sottoposto, pagando le indennità a termini di legge » (1).

In tanto diverso fluttuar di opinioni nella controversia in disamina quale sarà mai la dottrina da noi adottata? Ci sembra che essendo l'uffizio dell'interprete quello di applicare e non di creare a suo modo la legge, la quistione innanzi dibattuta non possa essere altrimenti decisa che secondo parve al nostro eminente giureconsulto napoletano Michele Agresti, cui si unirono posteriormente lo Scialoia ed il Pisanelli. Siffatto nostro avviso però deve essere inteso *de iure condito*, non secondo i desideri di una legislazione avvenire.

Il testo del nostro art. 536 è molto chiaro: « Il proprietario « del fondo superiore non può fare alcuna cosa che renda più « gravosa la servitù del fondo inferiore ». Qualunque aggravamento della servitù di scolo naturale delle acque è dunque dalla legge vigente espressamente vietato. S'intende già che ragioniamo di un aggravamento serio della servitù, chè altrimenti non vi potrebbe essere azione giuridica per mancanza d'interesse valutabile. Ma a fronte di una disposizione testuale sì recisa, che non ammette interpretazione, come potremmo mai derogarvi quando si tratti di aggravar la servitù per la coltivazione delle terre?

La coltura, dice il Pardessus, è lo stato cui la natura ha destinato i fondi rustici; l'interesse dell'agricoltura, vi dicono gli altri scrittori, è il supremo degli interessi economici. Verissimo, noi rispondiamo. Ma quando la legge ha creduto di limitare il diritto di proprietà dei fondi vicini per siffatto sovrano interesse, lo ha espressamente sanzionato, eguagliando come suol dirsi le partite, indennizzando così i proprietari vicini del danno che soffrono. Qual maggiore interesse per l'agricoltura in vero può mai esservi di quello di concedere il passaggio necessario ai terreni interchiusi da altri fondi? Purtuttavolta per essere riconosciuto un tale diritto vi fu mestieri che i codici con appositi articoli espressamente sanzionassero una simile facoltà ai fondi interchiusi, sottoponendo i proprietari al risarcimento dovuto a quei fondi, la proprietà dei quali venne menomata. D'interesse superiore economico sono le irrigazioni delle terre, lo

(1) *Corso teorico-pratico del diritto civile* per l'avvocato FRANCESCO RICCI, vol. 2, n. 203, pag. 338.

scarico delle acque soprabbondanti, e sopratutto i prosciugamenti e le bonificazioni. Ma appunto per irrigare, scaricare le acque soprabbondanti sui fondi alieni, per prosciugare e bonificare i terreni, vi fu pur bisogno di appositi articoli di legge che autorizzassero i proprietari interessati a simili atti. Ora nel silenzio del codice come potremo dire che il proprietario superiore nel coltivar il suo fondo possa offendere impunemente ed in un modo grave i fondi inferiori? Demolombe e Mazzoni ci dicono che quando si tratti di atti necessari alla coltivazione dei fondi questi sieno permessi, che quando invece si tratti di atti che importino il miglioramento delle terre, in tal caso si debba per analogia far ricorso all'art. 644 e conciliare gl'interessi dell'agricoltura e dell'industria con quelli della proprietà. Gli inconvenienti di una tale dottrina sono facili a dimostrare. Primieramente è a dimandare quali sono gli atti necessari alla coltivazione delle terre? È evidente che la *necessità* è una idea tutta relativa alla specie di coltivazione che sul fondo si vuol praticare. Per dire che un atto di coltivazione su di un terreno non sia necessario e quindi non permesso, bisogna pur sostenere che nei propri fondi non sia lecito farvi tutte le specie di coltura e di piantagioni che vi piaccia fare. Che se poi per atti non *necessari* si debbono intendere quelli relativi a coltura di veruna utilià o di mero lusso, in tal caso è indubitato che simili atti debbano essere proibiti quando vi sia in mezzo il danno del terzo, ed il niun vantaggio dell'agricoltura o dell'industria. Dovendo prendere dunque le parole *non necessari* nel significato di atti che importino specie di coltivazioni, operazioni di agricoltura dalle quali possiamo dispensarci, sembra che la dottrina del Demolombe e del Mazzoni su questo punto si avvicini a quella del Borsari, il quale, come innanzi abbiamo veduto, ammette che i proprietari superiori possono fare soltanto talune specie di coltivazioni ed altre no. Ma quali saranno le coltivazioni lecite, quali no? Le coltivazioni permesse secondo questo scrittore sono quelle consuete e di ordinaria coltivazione, perchè « la consue« tudine (egli dice) influisce potentemente nei giudizii che hanno « per oggetto di colpire il proprietario del fondo superiore per « abuso del suo diritto di servitù. In quella medesima consue« tudine di coltivare il fondo in un dato modo e quindi di eser« citare in un dato modo la servitù di scolo, il proprietario del « fondo superiore ha già una difesa, comunque non si parli « ancora di prescrizione ». Noi non comprendiamo come per solo uso si possa acquistare diritto ad un dato modo di coltura, senza che questo uso abbia generato il diritto di prescrizione. Se un dato modo di coltura non fosse difeso nè dalle disposizioni o principii di legge nè da alcuna convenzione fra le parti, non sappiamo da vero comprendere come l'uso in sè stesso generi il diritto di praticare una data coltura, senza che l'uso si fosse convertito in diritto di prescrizione. La ragione dell'uso o consuetudine adunque non ha valore. Ma quale sarà adunque

la linea di confine tra le coltivazioni permesse e le vietate? Si dice: si deve distinguere la coltivazione ordinaria o consueta dalla straordinaria o non consueta. Ma qual diritto si avrebbe a condannare il fondo del proprietario superiore ad una perpetua immobilità di coltivazione? Come mai se oggi non convenga praticare più una data coltivazione, sia perchè un terreno, sfruttato per una data coltura, richiede che questa sia variata, sia perchè i progressi della scienza agronomica indichino altri modi di coltura; in tal caso perchè il proprietario sarà meglio protetto quando fa arare il suo campo secondo la Georgica di Virgilio e non secondo i nuovi bisogni ed il progredire dell'arte agronomica? E si noti che secondo la suddetta dottrina il fondo inferiore, anche quando ricever debba danno non dal nuovo ma dall'antico modo di coltura, dovrebbe pur preferire l'antico e non il nuovo modo di coltivazione. Ma non basta. Imperocchè gioverà notare come la distinzione di colture ordinarie o consuete e di straordinarie o non solite, non sarà spesso facile ravvisarla, e ne soffrirebbe la stabilità dei diritti di ciascuno, subentrando l'arbitrio in luogo di norme chiare e costanti delle leggi. E finora abbiamo ragionato intorno alla permissione degli atti che dai sunnominati scrittori vengono qualificati come *necessarii* o *consueti*. Ma ci pare ancora come la loro dottrina non possa essere accolta nemmeno quanto agli atti *straordinari* o semplicemente *utili*. Il Demolombe ed il Pacifici-Mazzoni dicono che per questi atti bisogna ricorrere per analogia all'art. 544 e conciliare gl'interessi dell'agricoltura e dell'industria con quelli della proprietà. Ma come mai in fatto di stabilimento o di aggravamento di servitù si potrà ricorrere ad argomenti di analogia procedendo da caso a caso? Non è scritto forse nell'art. 4 delle disposizioni sulla interpretazione delle leggi in generale che le leggi che formano eccezione alle regole generali, non si estendono oltre i casi in esse espressi? Ma questa latitudine di decidere, questo sconfinato potere, che per analogia dell'art. 544 si vorrebbe concedere al magistrato, non sarebbe in aperta contraddizione col disposto del'art. 536. il quale recisamente vieta al proprietario superiore qualunque opera colla quale si voglia rendere più gravosa la servitù del fondo inferiore?

Ma se la soluzione del Demolombe e del Mazzoni non potrebbe essere seguita senza violare le disposizioni di legge, non ci sembra neanco sostenibile quella del Gianzana.

Costui, nelle sue trascritte considerazioni, vedendo che la missione conciliativa concessa dall'art. 544 al magistrato non riguarda il caso della proposta quistione, ricorre all'art. 578 e dice: « che, se per quest'ultimo articolo si impedisce di aprire un nuovo cavo, quando ne vien danno ai fondi latistanti e cavi preesistenti, concedendosi all'autorità giudiziaria di conciliare coll'utile della nuova impresa il riguardo dovuto alla proprietà, non sa poi comprendere perchè debba essere impedito alla

stessa autorità di pronunciare un divieto, che non è scritto alla fine in nessuna legge positiva; e conciliare in benefica armonia gl'interessi della proprietà con quelli dell'industria, e dell'agricoltura ».

Ma il divieto a noi sembra esser espressamente racchiuso nel mentovato art. 536, il quale proibendo certamente con una regola generale qualsiasi aggravamento di servitù nello scolo naturale delle acque, impedisce pure quello derivante dalla coltivazione delle terre. E la missione conciliativa del magistrato della quale è cenno nel capoverso dell'art. 578 in virtù dei termini precisi adoperati nello stesso articolo riguarda il caso « dei maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura od « all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o vuolsi destinare », cioè a dire per un uso o funzione lucrativa alla quale si vuole impiegare l'acqua coll'apertura di sorgenti, stabilimenti, capi od aste di fonte, canali od acquedotti nei propri fondi e non certamente nel suddetto articolo s'intende comprendere il caso dei danni che si possono arrecare all'altrui proprietà con una specie di coltivazione, che facendo irrompere acque o sortumi, arrechi maggiore o minor danno ai fondi vicini. Il Gianzana col suo fino intuito giuridico, che tanto lo distingue, pur prevede le obbiezioni che gli si possono muovere contro, di maniera che nel finire il suo ragionamento conchiude che nella specie proposta non si tratti di caso identico ma di una espropriazione direttamente d'utilità privata, indirettamente di vantaggio pubblico, *simile in qualche modo a quella scritta nell'art. 578 del codice civile*. Ma se adunque dalla stessa sua dichiarazione risulta che si tratti di un *caso soltanto simile*, come mai l'autorità giudiziaria può estendere il suo potere di conciliazione oltre il limite che la legge espressamente a lei concesse, con aperto disprezzo dell'art. 4 delle disposizioni preliminari, il quale sancisce che le leggi che formano eccezione alle regole generali non si estendono oltre i casi in essi espressi?

Ma non possiamo valerci nemmeno della soluzione data dal Borsari. Questo dotto scrittore ritiene che quando l'interesse dell'agricoltura impone la necessità di fare opere agrarie le quali aggravano le servitù di scolo naturale delle acque si possa in virtù dell'art. 593 ottenere un passaggio alle medesime mercè un canale costruito secondo la norma dell'art. 599. La dottrina del Borsari non ci sembra potersi sorreggere, quando si consideri che il passaggio necessario richiesto per la coltivazione ed il conveniente uso del proprio fondo di cui è cenno nell'art. 593, è relativo al transito di uomini, animali, vetture, e veruno sino oggi ha sostenuto che fosse applicabile al passaggio delle acque sui fondi alieni. E vi sono ragioni evidentissime che a nostro modo di vedere confortano una siffatta restrittiva interpretazione dell'art. 593. Primieramente è a dire che l'art. 593 concede espressamente il diritto di passaggio necessario al *proprietario* e non

alle *acque*. Che sotto la voce proprietari s'intendano pure gli operai, la interpretazione può andare, perchè questi rappresentano quello e tutti poi hanno spesso bisogno delle vetture per recarsi alla coltivazione dei propri fondi. Ma che sotto la voce *proprietario* si debbano intendere comprese ancora le *acque* e ragionare che in virtù del detto art. 593 sia lecito pel conveniente uso del proprio fondo scaricarle sui fondi altrui, questa interpretazione ci sembra troppo ampia e però non è ammessibile. Che se si dovesse giudicare secondo l'opinione del Borsari, domanderemmo all'illustre scrittore: come va che mentre l'art. 593 concede pure alle acque il passaggio necessario sui fondi alieni, quando ciò sia richiesto da necessità o da convenienza di coltura, il legislatore poi sentì la necessità di sanzionare espressamente un tale diritto di passaggio con appositi articoli, quando cotesto diritto fosse stato richiesto dal bisogno d'irrigare le terre, di scaricare le acque soprabbondanti ed infine pel fatto di prosciugare e bonificare i terreni? Il passaggio domandato delle acque in tutti cotesti casi non era forse richiesto per la coltivazione e pel conveniente uso dei fondi?

Viene da ultimo la confutazione del Ricci. Come innanzi abbiamo veduto, questo egregio scrittore sostiene recisamente che ogni qualvolta qualsiasi operazione di coltura aggravi la servitù di scolo naturale delle acque, la medesima sia senza distinzione di sorta impedita dall'articolo 536 il quale vieta in termini precisi qualsiasi opera che tenda ad aggravare la suddetta servitù.

« Però il proprietario superiore (egli continua a dire) ha, in « forza dell'art. 606, il diritto di chiedere il passaggio per lo « scolo delle sue acque sul predio sottoposto pagando le in« dennità a termini di legge ».

La prima parte dell'opinione del Ricci sembra irrefutabile. Col dichiarare che l'articolo 536 vieta qualsiasi aggravamento di servitù, egli si uniforma alla opinione già manifestata dall'Agresti, dallo Scialoia e dal Pisanelli, e confessata pure con molta franchezza dallo stesso Laurent.

Ma non così sembrerà accettabile la seconda parte della sua dottrina. Che l'art. 606, come venne redatto, sembra che debba riferirsi alle acque che taluno introduca nel proprio fondo e sopravanzino all'irrigazione dei campi o per quelle che adoperate come forza motrice, bisogna che vengano poi scaricate per evitare ogni possibile rigurgito. I precedenti storici della suddetta disposizione di legge ci rendono sicuri nell'adottare una tale restrittiva interpretazione. Ma oltre dei medesimi gioverà pure considerare che se le parole *affine di scaricare acque soprabbondanti* indicate nell'art. 606 potessero avere un'interpretazione estensiva maggiore di quella da noi deteminata, non si sarebbe dal legislatore italiano compresa la necessità di formulare nel seguente art. 609 un apposito dettato legislativo per autorizzare lo scarico nel caso di dovere prosciugare o bonifi-

care le terre. Però, avendo lo scarico delle acque attraverso i fondi altrui per i bisogni dei prosciugamenti dei terreni, certamente maggiore affinità coll'ipotesi di cui è cenno nell'art. 606 che non con quella di un canale colatore costruito appunto per evitare i danni derivanti da un modo dannoso di coltivazione, ed essendo che il caso delle bonificazioni delle terre non è certo compreso nella disposizione dell'art. 606, tanto meno poi potremmo ritenervi compresi l'ipotesi vagheggiata dal Ricci.

Ma se una severa interpretazione della legge scritta ci costringe a ritenere non ammessibili tutte le interpretazioni finora escogitate dagli scrittori, non possiamo però non desiderare col più vivo dei nostri desideri che una legislazione avvenire con un suo espresso dettato riempia la lacuna che su questa quistione si lamenta nel codice che ci governa, e che il vuoto sia riempito secondando, con espresso dettato, la soluzione vagheggiata dal Gianzana, il quale, così in questa come in altre quistioni giuridiche relative all'argomento delle acque, ha certamente addensata molta viva luce su parecchi emendamenti a doversi pur arrecare al nostro vigente codice.

E di vero l'ideale o fine supremo al quale debbono oggi certamente tendere gli ordinamenti tutti della nostra legislazione civile è quello di moderare il concetto della proprietà privata di maniera che, mentre il diritto individuale non sia annullato, dall'altro canto sia pure subordinato all'interesse e diritto generale o sociale. Che in virtù di siffatto temperamento concedendosi le giuste indennità al diritto individuale diminuito per ragione di una utilità sociale, non solo il privato ottiene il vantaggio immediato e diretto dell'*id quod interest,* ma vantaggia ancora la sua condizione in un modo indiretto, quando aumentandosi la ricchezza e prosperità sociale s'accrescono i mezzi per soddisfare i propri bisogni. Però ripetiamo non spettare all'interprete delle leggi positive estendere le limitazioni da apporre alla piena incolumità di ciascun diritto di proprietà individuale. È il legislatore solo che misurando la somma od il vantaggio delle utilità tutte, insieme le contempera ed autorizza le richieste limitazioni. Le quali appunto perchè sono eccezioni, e non regole che contemplano la generalità dei casi, non si possono estendere oltre i confini delle ipotesi dal legislatore eccettuate.

IX. *Il proprietario del fondo superiore può, con lavori di costruzione e simili, aggravare la servitù di scolo naturale delle acque?*

Il Demolombe (1), il Mazzoni (2), il Laurent (3) ed il Gian-

(1) Demolombe, *Corso del codice civile,* t. VI, n. 39.
(2) Emidio Pacifici-Mazzoni, *Delle servitù legali,* n. 16, pag. 18.
(3) Laurent, *Principes de droit civil,* t. VII, n. 370, pag. 437.

zana (1) proponendosi la succennata quistione ritengono che il proprietario del fondo superiore possa fare delle costruzioni nel suo fondo, malgrado che ne risulti aumentato il volume dell'acqua che scola verso il fondo inferiore. « Les fonds (dice il « Laurent) sont destinés à être bâtis aussi bien qu'à être cul- « tivés; empêchera-t on le propriétaire de paver sa cour, parce « qu'une cour pavée transmet plus d'eau qu'une cour non pavée? « Ici encore l'équité doit tempérer la rigueur du droit. S'il y a « contestation entre les deux propriétaires, le juge s'inspirera « de l'équité qui a dicté les décisions des jurisconsultes romains. « Il y a donc lieu ici à un pouvoir de conciliation, comme en « matiére d'eaux courantes, quand les riverains s'en disputent « l'usage ».

Queste ed altre ragioni però, che si adducono per giustificare l'aggravamento della servitù di scolo naturale delle acque, non sono molto persuasive; che se le medesime potranno aver valore per modificare gli articoli del nostro codice in una legislazione avvenire non sembra che possano essere adottate *in iure condito*. L'art. 536 del codice italiano, uniforme al 630 del francese, vieta qualsiasi aggravamento di servitù causato dalla mano dell'uomo. Si potranno solo distinguere i danni seri dai non valutabili; ma non pare che, anche quando si versi nel caso di grave danno proveniente da costruzioni eseguite sul fondo superiore, il danno debba essere tollerato, perchè la destinazione dei fondi è quella che debbano essere costruiti e migliorati, essendo pur noto l'antico assioma: *In suo hactenus facere licet, quatenus nihil immittat in alienum.* Ed un ultimo argomento per combattere l'opposta opinione ci sembra potersi desumere dall'art. 591 italiano conforme al 681 francese. Nel suddetto articolo viene certamente sanzionato, che ogni proprietario debba costruire i tetti in maniera, che le acque piovane scolino sul suo terreno o sulla via pubblica in conformità ai particolari regolamenti, e non possa farle cadere sul fondo del vicino.

Viene ora innanzi la disamina di una quistione assai dibattuta, se cioè il fondo inferiore debba soffrire le acque di una sorgente, o appositamente fatte scaturire o casualmente scaturite nell'esecuzione di lavori fatti, sia per la coltura dei campi, che per gli scavi di fondamenta per edifizi o di altre simili opere.

Il Pardessus (2) propone una distinzione per conciliare i principii coll'equità. « Se la novella sorgente (egli dice) venisse fuori « in forza dei lavori onde consta abitualmente la coltura di un « campo, per esempio, quando s'è scavato un fosso, livellate

(1) *Le acque nel diritto civile italiano,* per Sebastiano Gianzana, vol. II, p. I, pag. 286.

(2) Pardessus, *Trattato delle servitù prediali*, pag. 58, n. 83.

« alcune porzioni di terreno più elevate del resto, dissodata una
« certa parte; questo avvenimento sembra essere la conseguenza
« del diritto d'un proprietario di far dei lavori atti allo imme-
« gliamento del suo fondo; lo scolo parrebbe doversi conside-
« rare come naturale.

« Ma se per mezzo di scavi fatti col fine di procurarsi del-
« l'acqua, per esempio, se un proprietario scavasse sul suo fondo
« uno di quei pozzi detti *artesiani,* il quale facesse spicciare una
« massa di acqua tanto considerevole da aver mestieri di scolo,
« sarebbe assai più dubbio che i proprietari inferiori fossero
« tenuti a ricevere queste acque.

« Si potrebbe obbiettar loro che l'acqua è uno dei primi bi-
« sogni della vita e dell'agricollura; che il risultato dei suddetti
« scavi, dei quali non si potrebbero valutare gli immensi van-
« taggi, è di procurare un'acqua che scaturisca, fa pur d'uopo
« che le acque sorgive avessero uno scolo, il quale certamente
« non si potrebbe ottenere se tutti i proprietari inferiori ricu-
« sassero di ricevere l'acqua, sotto pretesto che la mano del-
« l'uomo concorre a farla sgorgar dalla terra.

« Queste ragioni non ci parrebbero *tuttavolta decisive fintanto*
« *che il legislatore, illuminato dai progressi di una industria,*
« che era poco nota trent'anni or sono, *non abbia statuito su*
« *questo punto.* Ma siccome da un'altra banda i tribunali non
« possono ricusar di giudicare, sotto pretesto d'insufficienza o
« di silenzio della legge, crediamo che avrebbero il diritto di
« obbligar quello tra gl'inferiori, che loi paresse potesse rice-
« vere con minore detrimento le acque, a subir questo scolo,
« *mediante un'indennità* ».

Il suddetto ragionamento del Pardessus non ci persuade. In effetti egli primieramente dice come non possa autorizzarsi il peso delle servitù, *fintanto che il legislatore illuminato dai progressi dell'industria non abbia statuito su questo punto.* E fin qui il suo ragionare a noi pare persuasivo. Ma non lo comprendiamo punto, quando dice, che siccome *i tribunali non possono ricusare di giudicare sotto pretesto d'insufficienza o di silenzio della legge, abbiano il diritto di obbligare alcuno dei fondi inferiori, che potesse soffrire minor danno, a subire lo scolo delle acque mediante un'indennità.* Questa ultima parte del ragionamento del Pardessus ripetiamo che non ci convince. perchè i giudici, nel rincontro supposto, benissimo *possono giudicare* negando l'esistenza della vagheggiata servitù, senza che per *giudicare* sentano proprio il bisogno di creare una servitù, che egli stesso riconosceva non essere stata sino ai suoi giorni statuita dal legislatore.

Il Demolombe, dopo avere esposta la succennata dottrina del Pardessus, la combatte dicendo:

« Quanto a noi, nessuna dubbiezza ne volge in mente a ri-
« solvere i proprietari inferiori non essere in obbligo di ricevere
« le acque di quella nuova sorgente: in conformità dell'art. 640,

« il proprietario del fondo inferiore è tenuto a ricevere le sole
« acque che scorrono *naturalmente, senza che vi sia concorsa*
« *l'opera dell'uomo:* or è palese esser l'opera del proprietario
« del fondo superiore concorsa allo scolo di quella novella sor-
« gente, egli appunto avendola procurata e fatta scaturire: dun-
« que diviene inapplicabile l'art. 640..... Confessiamo esser la
« soluzione della quistione più astrusa nella ipotesi, in cui la sor-
« gente nacque in conseguenza di lavori, non aventi per iscopo
« di procacciar dell'acqua, *non data ad hoc opera.*. Nulladimeno
« ne parrebbe più plausibile e giuridico lo statuire, benanco in
« cosiffatto caso, non essere il proprietario vicino o inferiore
« avvinto dall'obbigo di ricevere le acque.

« È positiva la testuale disposizione dell'articolo 640: il pro-
« prietario del fondo inferiore è in obbligo di ricevere le acque
« sol quando scolino *naturalmente e* senza *che vi sia concorsa*
« *l'opera dell'uomo:* or in questo come nell'altro caso è con-
« corsa l'opera dell'uomo, e non trattasi di scolo unicamente
« procedente dalla naturale situazione dei luoghi; quindi per lui
« non ci è obbligo di riceverle. Obbiettasi il proprietario del
« fondo superiore essersi valso del proprio diritto, e trovarsi in
« suo libito l'eseguire sul proprio predio i seguìti lavori. Non
« ci è chi possa muoverne dubbio al mondo! Ma a condizione
« di non derivarne danno all'altrui proprietà: In suo hactenus
« facere licet, *quatenus nihil immittat in alienum* » (1).

Il Duranton opina come il Demolombe per le acque, che si facessero senz'alcun titolo scolare da una fontana recentemente scoperta, *e la cui apertura si fosse appositamente procurata con lavori della mano d'uomo* (2). Dell'altra ipotesi egli tace, ma col suo silenzio sembra che per la medesima intenda uniformarsi alla dottrina del Pardessus. Il Marcadé a questo proposito sembra adottare la severità dei principii del Demolombe senza distinguere le ipotesi dei lavori che causarono l'apertura della sorgente.

Ma però egli ritiene, che quando le acque sorgive fossero pur surte per fatto dell'uomo, debbano colare sul fondo inferiore con pagamento d'indennità, ma non possa esserne arrestato il corso; salvo soltanto se le medesime *o possano essere disperse nel suolo o dirette per alcuna via pubblica.* Ecco le sue parole: « Che se vi fosse impossibilità completa di impedire che
« l'acqua *condotta per fatto del proprietario superiore, coli sul*
« *fondo inferiore;* per esempio, se si trattasse di un pozzo ar-
« tesiano che si è fatto forare e che dà l'acqua in tanta quan-
« tità da essere impossibile di perderla nel suolo (quando non
« v'ha d'altra parte nel vicinato alcuna via pubblica per la

(1) *Corso del codice civile* di DEMOLOMBE, t. VI, n. 26.
(2) DURANTON, *Corso di diritto civile francese*, t. V, Napoli, 1812, pag. 162, n. 106.

« quale la si possa dirigere); allora, ed allora soltanto, il pro-
« prietario inferiore sarebbe tenuto a lasciarle passare; ma però
« siccome questa necessità si è realizzata pel fatto del proprie-
« tario superiore, si avrebbe contro di lui diritto ad una inden-
« nità. Sicchè il proprietario è obbligato a lasciar passare l'acqua:
« 1.° senza indennità, quando quest'acqua giunge senza alcun
« fatto del proprietario superiore; 2.° mercè una indennità
« quando è condotta in tutto od in parte per fatto dell'altro
« proprietario, *ma vi ha impossibilità di sopprimerne o deviarne*
« *il corso.* È del resto evidente che quando v'ha pel proprietario
« obbligazione di ricever l'acqua, non può fare alcun lavoro
« che ne impedisca lo scolo » (1).

Sembra che non vi sia una grande precisione e nettezza di principii o almeno di dettato nel sopraccennato luogo del Marcadé.

In verità non accenna ad una ragione qualsiasi perchè, quando le acque non possono essere disperse nel suolo o divertite per alcuna via pubblica, non possano essere fermate nel loro corso. Se egli con buon diritto ritiene che lo scolo delle acque non può in simili casi ritenersi per *naturale e senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo;* in qual modo opina che il proprietario inferiore non possa alzare alcun riparo che impedisca questo scolo, ma debba invece sopportarlo, salvo se soltanto vi sia la possibilità *di perdere le acque nel suolo, o di deviarne il corso?*

Ma lasciamo da banda le soluzioni date dai sopra cennati autori francesi, che scrissero prima della pubblicazione della legge sulle irrigazioni, promulgata in Francia nel 20 aprile 1845. Essi si ritrovavano in un periodo di legislazione quando le esigenze dei principii razionali del diritto sostenevano un'ardua lotta coll'arido e duro testo dell'articolo in disamina, che resisteva contro ogni ragionevole e plausibile soluzione della presente controversia. Reca invece a noi grande maraviglia come, anche dopo la pubblicazione della suaccennata legge, un illustre e grande scrittore contemporaneo, il Laurent, che tanto nuovo lume sparse su tutta la materia dell'odierno diritto civile, abbia potuto nella presente controversia vagheggiare una soluzione, che non pare potesse essere applaudita da alcuno. Il Laurent, al n. 363 del settimo volume della sua opera, insorge contro la comune opinione degli scrittori, i quali ritengono che lo scolo delle acque sorgive sui fondi inferiori, quando sia procurato con scavi ed altri mezzi artificiali, non possa qualificarsi per lo scolo naturale. Egli invece sostiene, che in tal caso lo scolo sia naturale, perchè l'uomo non fa che aprire il seno della terra per aprire una uscita al tesoro che la mede-

(1) Marcadé. t. II, commento dell'art. 640.

sima rinchiude, ma che non è punto l'uomo che crea l'acqua ma è la natura la quale è pur quella che la spinge sui fondi inferiori. A mitigare però gli assurdi di una tale dottrina, egli viene a dire poco appresso: « ma vi ha pure una restrizione da arrecare a questa decisione, e risulta dai principii generali che governano il diritto di proprietà. Il proprietario è responsabile quando, nell'usare del suo diritto, leda il diritto degli altri. Se dunque un proprietario fa degli scavi nel suo fondo per scoprirvi una miniera, ed in seguito dei suoi lavori egli inonda il fondo inferiore e renda impossibile la coltivazione, in tal caso vi ha il compimento di un fatto dannoso e non l'esercizio della servitù di scolo naturale delle acque ». A noi sembra che nel suddetto ragionamento si contenga una evidente contraddizione. In effetti ci si presenta un dilemma, dal quale non è possibile l'uscita. O si deve ritenere che colui il quale con scavi, fossi ecc. fa sorgere l'acqua e la fa scorrere sui fondi inferiori, non sia proprio lui che crea l'acqua e la faccia scolare; ed in tal caso anche quando i fondi inferiori sieno inondati e la coltivazione dei medesimi sia resa impossibile, il proprietario non dovrebbe di nulla essere responsabile, perchè non egli, ma la natura creò l'acqua e le impresse il corso sui fondi inferiori. Od invece si deve ritenere che lo scolo fu causato dal proprietario superiore, il quale fece scaturire la sorgente, ed allora come mai il Laurent si sforza a sostenere, che in simili congiunture lo scolo sia naturale e non procurato dalla mano dell'uomo? Forse si obbietterà che, nel caso supposto, il fatto imputabile al proprietario superiore non consista nell'alterare il corso o spingere le acque dai fondi superiori sugl'inferiori, ma nel farle scaturire dalla terra con danno dei succennati fondi? Ma ad una tale obbiezione è facile rispondere, che l'uscita dell'acqua sul fondo superiore senza che si riversi sull'inferiore non costituisca alcun che al quale si possa contraddire. Ognuno nei propri domini è libero di praticare quello che meglio gli talenti. Il fatto imputabile invece, quello del quale si può solo rispondere in simili casi, è che le acque si scaricano sui fondi inferiori. Or bene se quest'ultimo è il solo fatto imputabile e consiste nello scarico non naturale delle acque sui fondi inferiori, come mai si può sostenere che una simile contravvenzione da parte del proprietario superiore che lo stesso Laurent riconosce come fatto non lecito, non si debba ritenere che vada compresa nella disposizione dell'art. 640 del codice francese, uniforme all'art. 536 del codice italiano? Questo sancisce, che i fondi inferiori sono soggetti a ricevere le acque, che dai più elevati *scolano naturalmente, senza che vi sia concorsa l'opera dell'uomo.* Ora, come mai si può sostenere che le acque sorgive scaturite per fatto dell'uomo si riversino sui fondi inferiori, senza che fosse intervenuta la sua opera? Laurent dice, che la natura e non l'uomo è quella che crea l'acqua, che egli nella supposta ipotesi non fa altro che aprire il seno della terra e dare un'uscita al tesoro, che la

medesima racchiude. Ma con un tale ragionamento applicabile ad ogni maniera di scoli di acque si potrebbe giustificare ogni più flagrante, ogni più evidente scolo artificiale di acque sui fondi inferiori. Che non vi è caso in cui l'uomo crei proprio l'acqua e d'altronde la sua opera condannata dall'art. 536, nel più dei casi, non consiste che nel togliere gli ostacoli o ripari naturali che si frappongono alla caduta delle acque. Potrebbe mai il Laurent ritenere non compreso sotto la sanzione dell'articolo che esaminiamo il fatto di colui, che livellando od anche abbassando il terreno in taluni punti faccia riservare le acque sui fondi inferiori? Ora perchè mai si dovrebbe ritenere che lo spostamento del terreno in linea orizzontale sarebbe vietato e quello in linea verticale no? Ma affinchè le idee del grande scrittore belga non si potessero ritenere da noi falsate, seguitando il nostro sistema trascriveremo il suo ragionamento.

« 363. Une question plus difficile est celle da savoir s'il y a servitude en vertu de l'article 640, lorsqu'une source jaillit dans le fond supérieur par suite de travaux qui y sont faits. Au premier abord, on croirait qu' il n' y a pas de doute, puisque les eaux doivent en quelque sorte leur existence à la main de l'homme; ce qui exclut toute servitude naturelle. Mais, en réalité, si par des travaux faits dans un fond, on en fait jaillir une source, ce n'est pas l'homme qui crée l'eau, c'est la nature et la nature aussi lui imprime son cours sur le fond inférieur; l'homme ne fait qu'ouvrir le sein de la terre pour donner une issue au trésor qu'elle renfermait. Toutefois la doctrine s'est prononcée pour une autre opinion. Elle distingue. Si les travaux ont pour but de faire surgir l'eau, il n'y a pas de servitude naturelle: tel serait un puits artésien. Si c'est par accident que des travaux de construction font jaillir une source, le hasard étant un fait naturel, la servitude aussi sera naturelle. La distinction nous paraît peu juridique. Celui qui cherche une source dans son fond et qui la découvre, fait ce qu 'il a le droit de faire; usant de son droit, il ne peut pas être responsable des conséquences qui en résultent. Peu importe donc le but des travaux et leur nature; dés qu' il n' y a aucune faute à reprocher à celui qui les fait, l'eau qui surgit aura son cours naturel sur le fond inférieur, et en ce sens la charge sera naturelle.

« Il n'y a qu'une restriction à apporter à cette decision; elle résulte des principes généraux concernant la propriété. Le propriétaire est responsable quand, en usant de son droit, il lèse le droit d'autrui. Si donc un propriétaire faisait des fouilles dans son héritage pour y découvrir une mine, et si par suite de ces travaux il inondait le fond inférieur et en rendait l'exploitation impossible, il y aurait fait dommageable et non servitude naturelle d'écoulement.

« On a encore preposé un autre tempérament. Lorsque le propriétaire supérieur creuse un puits, on admet que le propriétaire inférieur est obligé de recevoir les eaux, s'il n' est pas

possible de les refouler dans le sol ou de leur donner un autre issue; mais on oblige dans ce cas le propriétaire supérieur à payer une indemnité au propriétaire inférieur. Cela nous parait tout à fait inadmissible. De deux choses l'une: ou il y a servitude naturelle, et alors il n'y a pas lieu à indemnité: ou il n'y a pas servitude naturelle, et alors de quel droit imposerait-on au propriétaire inférieur la charge de recevoir les eaux, fût ce moyennant indemnité? Imooser une servitude, c'est démembrer la propriété, c'est exproprier; et on n'exproprie qu'en vertu de la loi. Il y a une loi qui permet l'écoulement forcé des eaux, moyennant indemnité. Aux termes de la loi belge du 27 août 1848, les propriétaires inférieurs doivent recevoir les eaux naturelles ou artificielles, dont le propriétaire supérieur se sert pour l'irrigation de ses propriétés, au moyen d'un acqueduct construit sur un fond voisin; et la même charge existe quant aux eaux stagnantes qui submergent un fond en tout ou en partie (art. 2, 3). Ces dispositions sont empruntées aux lois françaises de 1845 et de 1847. Elles témoignent contre l'opinion que nos combattons; car il a fallu une loi pour assujettir le riverain inférieur à recevoir les eaux, dans les cas prévus, moyennant indemnité. En dehors de loi et de la convention, il n'y a pas de servitude ».

La succennata dottrina del Laurent venne pure recentissimamente combattuta dal Gianzana, il quale dice: « Laurent in « punto di acque di sorgente sostiene, che il fondo inferiore « debba sopportarne la servitù, tanto se trovate casualmente, che « se scavate appositamente; rifluta persino l'opinione che per le « acque di fonte o pozzo appositamente cercate, il fondo inferiore « debba riceverle, salvo indennità: — esso vuole in ogni ipotesi lo « scolo gratuito, legale; — a noi pare tale assoluta opinione « essere erronea: — se il fondo inferiore è soggetto allo sca« rico delle acque delle polle sorgive, che occasionalmente sor« gono nel fondo superiore, non vi è tenuto, se la ricerca, e la « loro maggiore attivazione, è appositamente fatta; — concor« rerebbe qui la mano dell'uomo: — nè il fondo superiore dal « diniego di scarico legale risentirebbe danno, spettandogli lo « scarico per acquedotto coattivo. Sarebbe davvero una bella « felicità nei nostri paesi, pei nostri agricoltori, dover dare lo « scarico legale alle acque dei fontanili! Dove andrebbe il ri« spetto al *gius* di proprietà? L'enormità delle conseguenze « ci dissuade quindi dal seguire un tale avviso (1) ».

E reca maggiore meraviglia l'opinione manifestata dal Laurent sulla presente quistione, quando si consideri che egli, a differenza di altri scrittori, ragionava della medesima dopo la pubblicazione della legge sulle irrigazioni del 20 aprile 1845. E di

---

(1) *Le acque nel diritto civile italiano*, per Sebastiano Gianzana, vol. II, p. 1.ª, 1879, pag. 282.

vero l'articolo 640 del codice francese, uniforme all'art. 536 codice italiano, negando ogni diritto di passaggio legale agli scoli artifiziali delle acque, rendeva assai dura la condizione degli agricoltori e degli industriosi, essendo l'acqua, e quindi la sua condotta, uno dei primi bisogni della vita e dell'agricoltura. Però innanzi abbiamo veduto come gli scrittori antecedenti alla pubblicazione delle leggi speciali sulle acque, volendo chi far signoreggiare il testo preciso dell'art. 640 e chi le ragioni dell'agricoltura e dell'industria, presentavano soluzioni che o non soddisfacevano i grandi principii della pubblica economia ovvero non osservavano le leggi della severa ermeneutica legale. Abbiamo innanzi trascritte le parole del Pardessus, il quale, dopo di avere considerato che l'acqua è uno dei primi bisogni della vita e dell'agricoltura, e che però bisognava autorizzare il passaggio forzato delle acque sui fondi quando fosse richiesto dai bisogni sociali, faceva voti che il legislatore avesse provveduto ad una sì urgente necessità. E così venne prima la legge francese del 29 aprile 1845, la quale, fra le altre benefiche sue disposizioni, nell'articolo 2 sanciva:

Art. 2. *I proprietari di fondi inferiori devono ricevere le acque che scoleranno dai terreni così irrigati, salvo l'indennità che potrà esser loro dovuta.*

Seguirono in Francia poi le leggi speciali del 15 luglio 1847, 10 giugno 1854 e 17 luglio 1856; le quali vieppiù migliorarono la legislazione di quel paese intorno all'importante argomento della condotta delle acque.

Ed infine il codice italiano, perfezionando anche più le benefiche sanzioni contenute nel codice sardo, nell'articolo 606 dice che le disposizioni contenute negli articoli precedenti e relative al passaggio legale concesso alle acque per i fondi altrui, da chi volesse servirsene per le necessità della vita o per usi agrari od industriali, si estendono al caso in cui il passaggio venga domandato, affine di scaricare acque sovrabbondanti, che il vicino non consentisse ricevere nel suo fondo. Ora, dopo la pubblicazione dei suddetti dettami di legge, bisogna ritenere come la questione che esaminiamo abbia oggi fatto il suo tempo e che per risolverla adeguatamente basta una accurata attenzione sugli odierni principii consacrati dal legislatore, senza che vi fosse mestieri di sacrificare nè il testo della legge positiva, nè le indeclinabili esigenze della vita, dell'industria o dell'agricoltura.

In effetti noi diciamo che sotto l'impero delle legislazioni che permettono lo scolo delle acque soprabbondanti e specialmente dell'articolo 606 del codice italiano, la succennata questione, che agitò alquanto la mente dei giureconsulti, possa essere adeguatamente risoluta, facendosi delle opportune distinzioni, secóndo la diversità delle ipotesi giuridiche che si presentino.

Così non potrà oggi punto dubitarsi, che il fondo inferiore mercè il diritto di acquedotto legale sia tenuto a ricevere le

acque di una sorgente, sia fatta scaturire ad arte, che scaturita nell'esecuzione di lavori che avevano in mira tutt'altro obbietto, quando però le suddette acque fossero destinate a soddisfare le necessità della vita, i bisogni agricoli od industriali Che in simili casi il supremo interesse sociale largamente ricompensa il sacrifizio delle proprietà, che vengono gravate dalla servitù. E questa sarebbe indubitatamente autorizzata dal testo preciso degli articoli 599, 606, i quali permettono il passaggio delle acque o lo scolo delle medesime, quando siano soprabbondanti, sotto l'espressa condizione però che le medesime fossero state destinate a satisfare *le necessità della vita, gli usi agricoli od industriali.*

Non potremmo però ammettere l'opinione manifestata già dal Dionisotti (1) e dal Mazzoni (2), che sia *sempre* concesso al proprietario superiore scaricarsi delle acque sorgive artificialmente procacciate, a' termini dell'articolo 606, il quale autorizza lo scarico delle acque soprabbondanti. Che se questo articolo autorizza una tale servitù, si rimette però pienamente alle disposizioni contenute negli articoli precedenti e fra queste certamente pur a quelle contenute nell'articolo 598, il quale richiede espressamente che il passaggio delle acque possa soltanto domandarsi da coloro che debbono servirsene per le necessità della vita, per gli usi agricoli od industriali. Non ci sembra quindi potersi riconoscere il diritto di far scaricare le acque sorgive procurate col fatto dell'uomo, in colui che le fece zampillare nei propri fondi per mero suo diletto, e non per veruna precisa necessità della vita, uso agricolo od industriale. In siffatti casi verrebbe meno il testo e la ragione della legge, perchè una simile servitù fosse riconosciuta.

Nè si potrebbe ammettere quello che il Dionisotti (3) e qualche altro scrittore sostiene, cioè a dire che, se in occasione di lavori praticati in un fondo, che non fossero punto destinati alla ricerca di una sorgente, venisse a sorgere occasionalmente un'acqua, il proprietario del fondo inferiore non potrebbe rifiutarsi di ricevere le acque. Che in simili rincontri, non essendo stata di certo la natura che produsse lo scolo delle acque, non si potrebbe impedire al proprietario inferiore alzare dei ripari tendenti a ricusarle nei propri fondi. Si potrebbe soltanto in tal caso non essere tenuto a risarcimento di danni, perchè a termini dell'articolo 1151 il fatto dell'uomo può dar luogo a risarcire il danno quando *sia avvenuto per colpa*, e questa, spesso, se non sempre, non si avvererebbe quando le acque sorgive scaturissero in occasione di lavori non diretti alla ricerca delle acque, ma potrebbe pur avvenire che se la colpa sul principio

(1) DIONISOTTI, *Delle servitù delle acque*, pag. 84, n. 129.
(2) MAZZONI, *Trattato delle servitù legali*, pag. 7, n. 9.
(3) DIONISOTTI, op. cit., pag. 84, n. 129.

non intervenne, si avverasse quando il proprietario superiore continuasse a praticare i suoi lavori, malgrado il pregiudizio dei fondi sottostanti.

X. *Vi ha liberazione da parte del fondo inferiore quando il proprietario del fondo superiore assiste in silenzio ai lavori eseguiti sul fondo inferiore che lo liberano dalla servitù.*

Il Toullier (1) risolve affermativamente la soprascritta quistione dicendo che nel silenzio del codice debba risolversi col principio generale ammesso dal diritto romano nella legge 19 dig. *de aqua etc.* ove si legge: *si patiente vicino opus faciam ex quo ei aqua nocet non teneri me aquae pluviæ arcendæ.*

Questo principio fu pur riconosciuto dal d'Argentré (2), dal Dunod (3), dal Pothier (4) e dal Voet (5) i quali dicono che la tolleranza del vicino fa presumere il suo consenso alle opere che sono state fatte sotto i suoi occhi, e con sua saputa; *ex scientia*, diceva d'Argentré, *præsumitur consensus.* Posteriormente il Pardessus (6), Aubry e Rau (7), il Demolombe (8) e recentemente il Laurent commentando il codice Napoleone ritengono che se le opere fossero state palesemente costruite e colla scienza del proprietario del fondo dominante ciò non basterebbe: perchè l'art. 707 del codice francese dichiara che l'opera o costruzione contraria all'esercizio di una servitù deve durare un trentennio per estinguere per prescrizione la servitù. Dunque, dicono, non è sufficiente che il proprietario del fondo dominante abbia lasciato costruire l'opera contraria alla servitù, ma questa deve durare un trentennio e può generare solo il diritto di prescrizione.

Quest'ultimi scrittori richieggono quindi che il proprietario del fondo dominante avesse *positivamente approvato e permesso* le opere, a cagion di esempio, *dirigendole egli stesso.*

Quest'ultima opinione venne adottata dal nostro Pacifici-Mazzoni nel suo Trattato intorno alle servitù prediali (9). *Perchè ne resti estinta la servitù, è necessario che il proprietario del fondo dominante abbia autorizzato od approvato le spese; esempligrazia, dirigendole o dando sopra la loro esecuzione, pareri e consigli perciocchè da tal fatto risulta in modo chiaro e certo l'intenzione sua di rinunziare alla servitù* (10).

Con tutto il rispetto dovuto all'illustre e compianto prof. Mazzoni ci sembra che la sua dottrina sotto l'impero del codice

---

(1) Toullier, *Diritto civile francese*, t. 3, n. 674.
(2) D'Argentré, *Antica costumanza di Bretagna*, art. 371.
(3) Dunod, *Della prescrizione*, pag. 129.
(4) Pothier, *Appendice al contratto di Società.*
(5) Voet, *Com. ad Pand.*, lib. 8, tit. 6, n. 5.
(6) Pardessus, t. II, 313.
(7) Aubry e Rau, t. III, pag. 110
(8) Demolombe, XII, 1043.
(9) Laurent, t. VIII, n. 337.
(10) Mazzoni, *Trattato delle servitù prediali per fatto dell'uomo*, n. 253.

civile italiano non sia punto sostenibile di fronte al n. 3 dell'art. 1314 del vigente codice civile. In esso sotto pena di nullità si richiede la prova scritta delle rinunzie ai diritti reali immobiliari. È pur noto come la prova scritta indicata nel 1314 è richiesta per l'esistenza dell'atto o della convenzione e non *ad probationem tantum*. La giurisprudenza e la scuola italiana oramai sono concordi intorno ad una siffatta interpretazione dell'articolo 1314. Sull'argomento può pur riscontrarsi la nostra annotazione all'arresto pronunziato dalla Cassazione di Napoli nel dì 13 agosto 1881 per la causa da noi difesa in pro del sig. Giovanni Briganti contro il sig. Ludovico L. Succo (1).

RICCARDO JANNUZZI.

APPENDICE XI.

I consorzi ordinari per acque e scoli sono parte e organismi della pubblica amministrazione?

La quistione importantissima ha avuto la sua definitiva e sapiente soluzione presso la Corte suprema di cassazione di Roma.

Questa suprema Corte, con sentenza pronunciata nel 12 marzo 1876, in causa *Chiarabelli*, aveva tenuto in conto di legge speciale vigente il Motuproprio Pontificio, che dava giurisdizione amministrativa ai consorzi. Ma ben presto si ricredette con più maturo consiglio, appena fu chiamata di nuovo a pronunciarsi in una grave causa.

Il fatto era questo: La Congregazione del II Circondario di Ferrara aveva deliberato e fatto approvare dall'autorità amministrativa lavori d'arte intesi a facilitare lo scolo delle acque immittenti nella valle Gallare posseduta dal Comune di Comacchio. Questo, sostenendo che dall'opera intrapresa sarebbe rimasta pregiudicata la pesca delle sue valli, denunciò l'opera al

---

(1) *Filangieri*, anno VI, 1881, Giurisprudenza, pag. 321.

pretore: e tanto il pretore quanto il tribunale in appello accolsero l'eccezione di incompetenza pel motivo *che l'autorità giudiziaria non ha giurisdizione ad annullare o sospendere i provvedimenti dati dalla Autorità amministrativa*. La Cassazione di Roma, su conformi conclusioni dell'avvocato generale, l'illustre e compianto Pescatore, annullava il giudicato del tribunale con sentenza emanata nel 1 febbraio 1877, a redazione del primo presidente commendatore Miraglia, colla motivazione che noi riproduciamo integralmente.

« *Considerando che le disposizioni del Motuproprio Pontificio* « *22 ottobre 1817, che regolava la organizzazione dei Circon-* « *dari Scoli nella provincia di Ferrara, hanno cessato di avere* « *imperio nella parte relativa alla giurisdizione amministra-* « *tiva per incompatibilità coi principii proclamati dal nuovo* « *diritto pubblico interno che fa rientrare tutte le contesta-* « *zioni civili nelle attribuzioni del potere giudiziario;*

« Considerando che l'azione di nunciazione di nuova opera isti- « tuita dal Comune di Comacchio mirava ad ottenere la sospen- « sione dei lavori intrapresi per interessi privati del Consorzio « nella valle Gallare, sulla quale il Comune deduceva avere il « dominio utile; conseguentemente si tratta di un'azione pura- « mente civile esperibile davanti *l'autorità giudiziaria, la sola* « *che può ordinare la sospensione delle nuove opere, ancorchè* « *queste si fossero intraprese in virtù di una deliberazione* « *consorziale approvata dal prefetto della Provincia*;

« Considerando che il decreto prefettizio che aveva autoriz- « zato i lavori d'arte nella valle Gallare nell'interesse del Con- « sorzio, era *un atto di gestione* per quella prudente tutela ac- « cordata all'amministrazione in *affare di interesse collettivo,* « *onde è che i terzi conservano intatti i loro diritti, per arre-* « *stare il corso di una esecuzione lesiva dei loro diritti;*

« Considerando che *anche quando si volesse considerare il* « *decreto del prefetto come un atto dell'autorità amministra-* « *tiva,* non segue che l'autorità giudiziaria fosse incompetente « a dare i suoi provvedimenti sull'azione di nunciazione di nuova « opera *per sua natura intesa ad impedire che si consumas-* « *sero atti che, se fossero consumati per la forza dell'atto* « *amministrativo, tornerebbe vano il rimedio accordato dalla* « *legge per la conservazione di un* diritto civile;

« Che quindi l'autorità giudiziaria deve sentenziare *prout de* « *jure* sull'azione di nunciazione di nuova opera, senza che per « l'esercizio di quest'atto giurisdizionale trovasse ostacolo nella « disposizione dell'articolo 4 della legge 20 marzo 1865, alle- « gato E, che vieta all'autorità giudiziaria di annullare gli atti « dell'autorità amministrativa; perciocchè nella materia di nun- « ciazione di nuova opera il giudice ordinario *esercita quell'a-* « *zione tutelare del diritto sacro di proprietà e di possesso, dei* « *quali diritti può soltanto per causa di pubblica utilità essere* « *privato un cittadino, con quelle salutari garantie però ac-*

« *cordate dalla legge 25 giugno 1865 sulla espropriazione per* « *causa di pubblica utilità;* siccome chiaramente si raccoglie « dal complesso degli articoli 91, 116, 120, 127 e 373 della legge « 20 marzo 1865 sulle opere pubbliche ».

Sarebbe facile l'illustrare la tesi che la Cassazione romana ha risolto con sì brevi parole; non avremmo all'uopo che a richiamare l'autorevole voto degli illustri commentatori delle nuove leggi amministrative (1). Il concetto di *pubblica amministrazione* non è invero applicabile ad una Congregazione che, più che lo interesse generale, rappresenta (come ben disse la Cassazione) affare *d'interesse collettivo.* Che cosa sono infatti i Consorzi idraulici di fronte all'Amministrazione dello Stato? — Enti autonomi. — E che parte ha in essi l'Amministrazione pubblica? — Una parte di pura e semplice tutela. — Perchè è nel diritto dello Stato di esercitare una provvida vigilanza sopra tutti gli enti collettivi, l'azione dei quali si riflette sull'interesse dell'universale. Ma appunto è questo esercizio di *tutela* che è incompatibile e che esclude affatto che codesti Consorzi siano una emanazione dell'Amministrazione pubblica. Poichè dove si tratti di un organismo della pubblica Amministrazione, questa si manifesta, non con atti di tutela, ma con atti di vera gestione.

Questa circostanza di fatto è anzi da tutti considerata come il segno più caratteristico per distinguere se si tratti di un atto il quale provenga dalla Amministrazione pubblica, donde poi si abbia a conchiudere se sia caso di elevare il conflitto o di chiedere la straordinaria dichiarazione di competenza, stabilita dalla nuova legge del 1877. Scrive assai giustamente su questo proposito il De Gioannis: « *Per canone dogmatico si dee ritenere il principio, che per esservi luogo a conflitto è necessario che l'affare, di cui si tratta, sia una materia* di competenza amministrativa, di ordine dispositivo, e non semplicemente tutelare, *pendente davanti l'Autorità giudiziaria, la quale se ne impossessa e se l'appropria* (2) ».

E anche più chiaramante in seguito: « *Non basta al conflitto la sola condizione della competenza amministrativa sull'affare; fa altresì mestieri che codesta competenza sia d'ordine* dispostivo ed economico, e non già di semplice ordine tutelare. *Competenza di amministrazione dispositiva ed economica dicesi quella per cui l'autorità amministrativa* è competente a conoscere e statuire sul merito, o come dicesi sul fondo dello affare. *Se poi all'autorità amministrativa* competa soltanto la potestà di fare un atto di tutela o di protezione a favore di certe persone o certi corpi morali, senza che ella disponga o stabilisca sul merito dell'affare, la competenza appellasi di mero ordine tutelare (3) ».

---

(1) De Gioannis Gianquinto, *Dei conflitti di attrib.*. §§ 12, 19, 33. — Mantellini, *I conflitti di attrib.*, parte seconda, pagine 75, 79, 158.

(2) Op. cit., § 12.

(3) Op. cit., § 19.

In sostanza, codesti Consorzi giuridicamente non hanno altro carattere (se pure lo hanno) che quello di enti morali, e sono identici alle *Opere pie*, e a tutte le altre istituzioni congeneri; le quali, per quanto abbiano vasti uffici da compiere e larghissimo campo di azione, rimangono separati dalla Amministrazione pubblica.

Ora è a notarsi che le Opere Pie debbano sempre essere costituite *per decreto reale*, mentre i Consorzi si costituiscono *per iniziativa privata* (art. 108 e seguenti della legge). Che se alla costituzione del Consorzio occorre la omologazione del prefetto, e se detta omologazione occorre anche per le deliberazioni e i lavori consorziali, ciò procede in forza di quel principio di ordine pubblico secondo cui nessun ente collettivo può crearsi od agire senza l'intervento e la sorveglianza della pubblica autorità. Il *visto*, l'omologazione, l'approvazione che l'autorità deve apporre alle deliberazioni consorziali, nonchè a quelle delle Opere Pie e degli altri enti morali, altro non sono (come dice la Cassazione) che *l'esercizio di quella prudente tutela che la legge accorda all'Amministrazione pubblica in ogni affare di interesse collettivo;* ed anzi le necessità delle approvazioni dell'Autorità amministrativa valgono ad escludere che il Consorzio che vi è assoggettato costituisca anch'esso una Autorità amministrariva; ove altrimenti fosse, si comprenderebbero le gradazioni generiche delle varie Autorità insieme organizzate, ma non sarebbe ccmprensibile la *tutela* cui venisse assoggettata una vera autorità.

Non diversa del resto da quella di Roma fu la Giurisprudenza della Cassazione torinese. Ne basti infatti il rammentare la nota sentenza 15 dicembre 1871, nella causa Congregazione Scoli Ferraresi contro Comacchio (1). In quella sentenza trovasi nettamente stabilita la natura delle Congregazioni consorziali e dei loro atti colle seguenti parole:

« Attesochè la legge 20 marzo 1865, allegato E, pone sotto « la dipendenza del Ministero dei lavori pubblici non solo le « opere che per natura o per l'oggetto cui si riferiscono sono « realmente pubbliche, ma anche talune altre, le quali, seb- « bene siano meramente private, possono tuttavia indirettamente « riflettere il pubblico interesse. Quanto alle prime, l'intervento « dell'Autorità amministrativa si spiega con atti imperativi ed « obbligatorii, i quali non possono essere rivocati e modificati « che dall'Autorità amministrativa superiore, salvo solo ai tri- « bunali la facoltà di conoscere degli effetti di tali atti in re- « lazione agli oggetti dedotti in giudizio. Quanto alla seconda,

(1) Questa sentenza la troviamo distesamente registrata nel giornale la *Giurisprudenza italiana,* anno XXIII, parte I, col. 812, ed è conforme ad altra decisione della medesima Corte in data 13 dicembre 1871 fra le parti *Comune* e *Seminario d'Asti.*

« l'Autorità amministrativa non ordina, non dispone, ma verifica
« se siano utili a chi intende costruirle, se non recano pregiu-
« dizio al pubblico, e ne vieta o ne permette l'esecuzione, omo-
« logando in questo caso il progetto che le è sottoposto;

« In questa seconda categoria si comprendono i progetti per
« costruzione o modificazione di argini o per opere idrauliche,
« come anche quelli per l'aprimento, conservazione o facilita-
« zione di scoli artificiali, di cui fanno parola gli articoli 121
« e 127 della legge sovracitata ».

Non è a distinguere i Consorzii che vengono istituiti in virtù degli articoli 657-659 del cod. civ. da quelli che furono istituiti prima della legge del 1865 o in virtù di essa; allo scopo di concludere che quelli sono enti privati, queste amministrazioni pubbliche.

A questa distinzione obiettiamo le parole scritte da un valente giurista che si occupò specialmente di siffatta questione:

« Secondo noi, un organismo dell'Amministrazione pubblica, è per sua necessità la emanazione diretta del potere esecutivo, e vive e si esplica sotto la diretta dipendenza di esso. Tale è almeno il sistema col quale attualmente si svolge appo noi la pubblica Amministrazione. Or bene, se noi ci fermiamo solamente a considerare l'articolo 108 della legge che è quello dove si stabilisce il modo per cui i Consorzii possono essere istituiti, vediamo che essi procedono per la iniziativa di privati, i quali ne *promuovano la istituzione,* presentando al sindaco o al prefetto, secondo i casi, gli elementi sufficienti per riconoscere la necessità delle opere, la loro natura e la spesa presuntiva, non meno che l'elenco dei proprietarii i quali possono venir chiamati in concorso (art. 108). Nè questo carattere di privata iniziativa può essere paralizzato dal considerare che la costituzione del Consorzio procede poi dalla deliberazione o del Consiglio comunule o del Consiglio provinciale, omologata dal prefetto; perchè è regola generale di diritto pubblico che nessun ente collettivo destinato ad avere personalità giuridica, possa procedere per effetto della sola volontà dei privati. Cosicchè non v'ha persona morale, per quanto estranea alla Amministrazione pubblica, che per esistere non abbia bisogno del concorso della pubblica Autorità. E vi è anzi, per noi, da notare questa circostanza: che, cioè, mentre gli enti morali hanno generalmente necessità di essere istituiti per decreto reale, i Consorzii ne sono dispensati e ordinariamente acquistano vita, senza che l'Amministrazione pubblica se ne sia immischiata non potendosi ritenere un vero atto di questa la omologazione del prefetto.

« Ma concedasi pure che la costituzione dei Consorzi proceda da un atto del potere esecutivo; certo è che la organizzazione (sulla quale dispone la legge nell'articolo 111 al 119), li pone fuori dalla pubblica Amministrazione, costituendoli in enti autonomi ed indipendenti che dettano i loro statuti e i loro regolamenti, che hanno amministrazione propria e una compo-

tenza di azione del tutto separata dall'Amministrazione pubblica. Alla quale è riservato quel solito diritto di tutela, che essa esercita sopra i corpi morali, non perchè questi facciano parte dell'Amministrazione pubblica e dipendano da essa, ma per quel generale principio di ordine pubblico, che tutti gli enti che hanno persona giuridica siano soggetti alla tutela dell'autorità amministrativa. Donde vediamo riservato a cotesta autorità quel solo diritto di *omologazione* e di *approvazione*, che noi abbiamo già notato essere la caratteristica più sicura, per conchiudere che si tratti di corpi separati dall'Amministrazione pubblica ».

Dopo aver assolutamente negato il carattere di atto amministrativo alla deliberazione consorziale approvata dal decreto prefettizio, la Corte di Roma nella citata sentenza 1.º febbraio 1877, affronta la seguente ipotesi:

« *Anche quando si volesse considerare il decreto del prefetto come un atto dell'Autorità amministrativa, non segue che l'Autorità giudiziaria fosse incompetente a dare i suoi provvedimenti nell'azione di nunciazione di nuova opera* ». A ciò dimostrare, tanto la Cassazione di Roma, quanto quella di Torino, richiamano il disposto degli articoli 120, 121 della legge sui lavori pubblici.

L'art. 120 dispone: « *I progetti di costruzione e modificazione di argini e* per altre opere idrauliche, quantunque d'interesse puramente consorziale, *non potranno eseguirsi senza la previa omologazione del prefetto* ». — L'art. 121 soggiunge: « *Le questioni tecniche che insorgessero circa la esecuzione di queste opere saranno decise in via amministrativa dal prefetto:* con riserva alle parti che si credessero lese dalla esecuzione di tali opere di ricorrere ai tribunali ordinarii per esperire le loro ragioni ». — I quali articoli commentando, la citata sentenza così si esprime:

« Attesochè pretendesi dal Comune di Comacchio che le opere
« intraprese dalla Congregazione consorziale di Ferrara recas-
« sero danno alla pesca e corrompessero l'aria, poteva, all'ap-
« poggio dell'articolo 698 codice civile, denunciare al pretore
« la nuova opera e chiedere che se ne vietasse la prosecuzione,
« senza incontrare ostacolo nel decreto del prefetto di Ferrara
« che aveva omologato il relativo progetto dell'ingegnere, av-
« vegnachè quel decreto riflettendo unicamente opere di pro-
« sciugamento di terreni di privata proprietà si riduceva in so-
« stanza a semplice autorizzazione d'eseguirle, in quanto fos-
« sero risultate innocue all'interesse generale; e lasciava li-
« bero l'accesso all'Autorità giudiziaria nell'interesse privato
« *non tanto per il risarcimento dei danni*, qualora si fosse ri-
« conosciuto che il consorzio non avesse il diritto di farle,
« *quanto anche per impedire la esecuzione sia in via petitoria*
« *che in via possessoria, non escluso il rimedio della denuncia*
« *di nuova opera* ».

P. S. MANCINI.

APPENDICE XII.

Passaggio forzoso delle acque.

La più antica testimonianza dell'esistenza del diritto d'acquedotto, secondo che si trova in alcune carte del X, XI e XII secolo, è la menzione che se ne fa nella raccolta delle Costituzioni del Milanese pubblicata nel 1216 da Brumasio Porca di Novara, podestà di Milano. E da osservarsi che in codesta raccolta non si promulgavano leggi novelle, ma si parlava di vecchie consuetudini senza origini conosciute, poichè non sono esse affatto indicate. Bisogna dunque inferirne che il diritto d'acquedotto è in Lombardia molto anteriore al X secolo, e che tale dottrina non sia che una interpretazione più o meno giusta tratta dalla natura delle cose e dal diritto romano, che in Italia ha sempre conservato una grandissima autorità.

Molte edizioni delle Costituzioni del Milanese sono state pubblicate successivamente, e nella migliore di tutte, cioè nella raccolta annotata e pubblicata dal conte Gabriele Verri, così si legge sul passaggio forzato dell'acqua pel fondo altrui:

« A tutti quelli che hanno il diritto e la facoltà di derivare delle acque sì dalle sorgenti (fontanili) che dai fiumi e d'altro modo qualunque, sia permesso di far passare l'acqua attraverso i fondi di chicchessia, Comune o corporazione legalmente istituita, anche lungo la via pubblica, facendo canali, chiuse ed altre costruzioni necessarie pel minore danno ed incomodo delle parti pagando però anzitutto il prezzo della terra che debbono occupare per tali opere col soprappiù del quarto dell'estimazione legale: quanto al danno, se esiste, essi lo pagheranno giusta l'apprezzo che sarà fatto da due arbitri esperti in simile materia, i quali tuttavolta non potranno concedere più del doppio del valore legale del suolo ceduto.

« Inoltre quelli che useranno del diritto summenzionato son tenuti di stabilire e di mantenere i ponti, dighe ed altre opere che saranno giudicate necessarie, cosicchè, conducendo l'acqua la proprietà altrui non sia inondata nella stagione delle pioggie, nè alcun danno risulti alle vie pubbliche od ai privati.

« Si possono condurre le acque sopra e sotto i canali altrui, a condizione di farvi delle costruzioni con pietre e calcina; coloro che fanno passare delle acque sotto le acque altrui debbono stabilire dei sifoni (*fistulas*), acciocchè l'acqua del canale superiore non cada nel canale inferiore.

« L'acquedotto dev'essere mantenuto solido e stabile, di maniera che colui che fa passare l'acqua al di sopra non provi alcun danno, il suo canale non riceva alcuna variazione nella profondità del suo alveo, ma l'acqua conservi il suo corso ordinario ».

L'agro di Milano soltanto profittò lungo tempo di questa utile giurisprudenza, e non fu che nel 1541 che l'imperatore Carlo V la rese obbligatoria in tutto il ducato, che allora comprendeva pure il Novarese.

Questo stato di cose si mantenne senza mutamento fino all'epoca in cui la Lombardia si tolse il dominio della Casa d'Austria, e stabilì la repubblica cisalpina, che divenne poco dopo la repubblica italiana e quindi il regno d'Italia.

Nuove leggi furono allora promulgate, e il diritto d'acquedotto non vi fu stabilito; ma sotto l'impero della necessità e per la obbedienza liberamente consentita alle antiche regole e consuetudini essa non provò che leggiere modificazioni. Intanto si temè che l'ordine delle cose, stabilito con tanta ragione, non fosse distrutto; il paese s'ammutinò, il Corpo legislativo italiano votò la legge del 20 aprile 1804, e fu indicata formalmente la conservazione del diritto d'acquedotto in questi termini:

« Art. 52. Chiunque intenda derivare acque private o pubbliche legittimamente possedute per oggetti di agricoltura o per attivazione di macchine ed opificii idraulici, può condurle pel fondo altrui pagando il valore del terreno occupato dall'acquedotto in ragione di stima col quarto di più, ed obbligandosi così alla manutenzione dell'acquedotto, sponde, edifizi, ecc., come ad indennizzare il possessore di qualunque danno può derivare al fondo stesso ».

Ciò non era che la riproduzione dell'articolo delle costituzioni più sopra trascritto, non era che il ristabilimento dell'antica e necessaria giurisprudenza del ducato di Milano; ma il Regno d'Italia cessò di esistere: il codice civile generale austriaco fu promulgato nel 1816 a Milano, ed il diritto d'acquedotto disparve ancora dalla legislazione. Esso però era nei costumi, nelle abitudini; l'agricoltura lombarda non ne poteva far di meno, e, cosa notevolissima, malgrado il silenzio della legge non cessò d'essere applicato. Lo indica assai chiaramente il lungo intervallo che corse tra la promulgazione nel 1816 del codice austriaco e la notificazione del Governo del 18 giugno 1825; questa pel suo ritardo avrebbe apportato una immensa perturbazione, se tal atto del pubblico potere fosse stato di una imminente necessità; ma alcuni casi molto rari e tardivi di rifiuto lo fecero reclamare; e, se al punto di vista storico ciò dinota la conservazione, per la forza delle cose, d'una legislazione abrogata, manifesta pure quanto codesta legislazione era indispensabile. La notificazione di cui si parla ordina che le leggi italiane del 20 aprile e 20 maggio 1806, per la parte concernente la servitù legale dell'acquedotto, restino in pieno vigore.

I Duchi di Savoia avevano fin dal 1684 stabilito nei loro Stati la servitù del diritto d'acquedotto, che fu posteriormente riprodotta e sviluppata nelle costituzioni reali del Re Vittorio Amedeo II e in quelle promulgate nel 1770 da suo figlio Carlo Emanuele III. Il Senato di Torino accordò anche il diritto di passaggio forzato per l'acqua solamente affittata ed anche in favore del semplice fittuale dei fondi da irrigarsi.

Il Piemonte fu riunito alla Francia nel 1802, e cessò allora di partecipare ai benefici d'una legislazione che le abitudini agricole vi rendevano pressochè ancora necessaria come in Lombardia. Fortunatamente, per l'agricoltura del Novarese e della Lomellina, queste provincie, le più irrigue della Monarchia Sarda, furono allora riunite al reame d'Italia, e poterono così profittare della conservazione del diritto d'acquedotto dovuta alla promulgazione della legge del 1804 più sopra citata. Ma nel 1814 la Monarchia Sarda fu ricostituita non solamente sulle sue antiche basi, ma ancora ingrandita con l'annessione dello Stato di Genova, e le costituzioni di cui si è fatta parola furono rimesse in vigore. Ed il principio del passaggio forzoso delle acque riapparve quindi sanzionato nella novella codificazione fatta negli Stati Sardi nel 1837 (1).

L'art. 598 del cod. civ. ital. dispone come segue: « Ogni proprietario è tenuto a dare passaggio per i suoi fondi alle acque di ogni specie che vogliano condursi da chi abbia permanentemente, od anche solo temporaneamente, il diritto di servirsene per le necessità della vita o per usi agrari od industriali.

« Sono esenti da questa servitù le case, i cortili, i giardini e le aie ad esse attinenti ».

Giova intrattenerci alquanto sul principio del passaggio forzoso contemperato col diritto di proprietà, e ricordare che le norme di legge non si debbono trarre solamente dai rapporti d'una individuale e privata padronanza, ma si debbono dedurre, associare e fondere in un sol tutto, contemplando anche i rapporti delle sociali esigenze. Dal lavoro unito di più uomini conviventi risultano le immense utilità, le quali, come ognuno sa, sono impossibili ad ottenersi dai lavori isolati dei singoli. Ma questi lavori collettivi non si possono eseguire che mediante certi ritegni o sacrifizi privati, i quali vengono largamente compensati coi prodotti collettivi della comunanza. Essi risultano da questa specie di risparmi privati che la socialità stessa esige come indispensabili alla voluta conservazione. Da ciò sorgono le ordinazioni veramente *civili*, nelle quali un'assoluta speculativa padronanza viene raffazzonata e resa attiva. Se le ordinazioni fossero determinate dai soli rapporti sgranati ed individuali, tali

---

(1) MANNY DE MORNAY, *Rapport au ministre de l'Agricolture sur la pratique et la législation des irrigations dans l'Italie supérieure*, 1844. — GIOVANETTI, *Du régime des eaux*, § 1 a 5 e 19.

ordinazioni non sarebbero più civili, ma meramente private e solitarie. Il concetto di civile si riferisce ed allude ad una comunanza vivente sotto un sociale governo. La comunanza esige un contemperamento di attribuzioni primitive per soccorrere, proteggere e perfezionare gl'individui. La comunanza esige un ricambio di servigi e di benefizi, epperò comanda una limitazione necessaria di un diritto privato, che fu dedotto prima da considerazioni puramente individuali. La comunanza vive e sussiste coi compensi, e non cogli apici assoluti d'isolate proprietà attribuite dalle astrazioni. Finalmente la comunanza modera le pretese di un personale egoismo incompatibile con la convivenza pel miglior essere dei conviventi stessi (1).

Discendendo ora al particolare, si domanda, qual è in generale l'oggetto della condotta delle acque? A primo tratto si vede che esso non è che un beneficio o positivo o negativo che se ne vuole ottenere. I benefizi negativi consistono nell'allontanare ogni nocumento che può derivare da un'acqua corrente: tale ad esempio sarebbe lo scarico delle acque soprabbondanti di cui parla l'articolo 606. I positivi poi sono i servigi direttamente utili, i quali si possono ricavare dalla condotta stessa di queste correnti, la quale può essere di ragione privata o pubblica. Quest'art. 598 versa sulla condotta di ragione privata per ottenere un beneficio positivo.

Laonde due classi massime di acquedotti possono esistere: sotto la prima si comprendono gli acquedotti *lucrativi*, sotto la seconda gli acquedotti *difensivi*. Coi primi si tratta di accogliere, coi secondi di rimuovere. *Accoglienza* dunque e *ripulsa*, ecco i due intenti possibili e prossimi per la condotta di un'acqua.

Or, quante sono le specie degli acquedotti lucrativi? Se ne noverano sei, cioè: 1.° *Acquedotti per navigazione:* tutti i navigli così detti navigabili, tutti i canali egualmente navigabili di comunicazione appartengono a questa prima classe. — 2.° *Acquedotti per irrigazione di terre:* questi sono i più usati nei paesi nei quali esistono acque perenni, e specialmente nell'Italia superiore. — 3.° *Acquedotti per arti e mestieri:* questi servono o per animare opifici, come i molini, le pile, ecc., o per usare dell'acqua stessa in natura, come i canali per purgare, macerare, ecc. — 4.° *Acquedotti per usi domestici:* abbeverare uomini ed animali, lavare, empire bagni, ecc., sono esempi di questi usi domestici. — 5.° *Acquedotti per tutela comune:* come son quelli che procurano acqua per estinguere incendi, munire fosse di fortezza, ecc. — 6.° *Acquedotti per colmate di terreni:* i quali si fanno per condurre le acque torbide, portanti terra vegetale su qualche terreno perduto e per lo più coperto di ghiaia dalla inondazione di qualche acqua, e ciò nel fine di ottenere uno strato capace a nutrire piante utili.

---

(1) ROMAGNOSI, *Ragion civile delle acque*, § 4, ragione dell'opera.

Per lo che la condotta privata delle acque annovera quelle di tali specie che si riferiscono, come dice quest'articolo, alle *necessità della vita ed agli usi agrari* o *industriali*. Le altre specie spettano propriamente agli acquedotti di ragione sociale o pubblica, e però formano oggetto di regolamenti economici o politici. Solo per incidenza ed accessoriamente essi possono venire contemplati nella ragione privata della condotta delle acque; e ciò si verifica nel caso che dalle correnti destinate alla navigazione, alla tutela comune, alla pulitezza o ai solazzi pubblici si facesse una dispensa innocua di acque a privato beneficio.

Conviene inoltre avvertire che v'ha molta differenza tra la servitù di condurre un' acqua (*ductus aquae,* di cui parla questo articolo), e la servitù di attingere o cavar acqua (*aquae haustus*). Ulpiano l'aveva fatto espressamente avvertire nella L. 1, § 1 ff. *de fonte,* dicendo: *Sicut discretae sunt servitutes ductus aquae atque haustus aquae, ita interdicta separatim redduntur.* E Gotofredo alla parola *discretae* soggiunge: *aquae ductus et aquae haustus servitutes discretae sunt, hoc est inter se differentes. Separatorum separata debet esse ratio et actio.*

Or in generale la servitù di condurre un' acqua è il diritto di dedurre dal fondo o canale altrui un'acqua trovata o da trovarsi per farla decorrere per via di pendenza a proprio vantaggio in luogo destinato. Si è detto per via di pendenza, per dinotare la differenza tra la servitù di condurre acqua e quella di cavare acqua; perocchè in quest'ultima si trasporta l'acqua per via di recipienti o aspiranti, i quali la sollevano e separano dalla massa (1).

Giova intanto bene rischiarare la disposizione di quest'articolo.

Non fa mestieri di essere proprietario del fondo ove vuole condursi l'acqua per le necessità della vita o per gli usi agrari o industriali, nè fa mestieri essere proprietario delle acque da condursi per ottenere dalla legge il diritto di passaggio. Per lo che questo diritto è accordato eziandio ai fittaiuoli. Sovente il proprietario non ha la volontà nè i mezzi di migliorare i suoi fondi; viene un ricco fittaiuolo, che, mediante una lunga locazione, s'incarica di renderli fertili con l'irrigazione, e prende a fitto dell'acqua che si vuole da lui condurre per gli altrui fondi; per qual ragione dovrebbe esserne impedito? Il testo della legge si presta ad una interpretazione favorevole ai fittaiuoli, e niuno saprebbe tenere una opposta sentenza. L'articolo parla in modo espresso di chi abbia temporaneamente il diritto di servirsi dell'acqua, e corrisponde all'art. 604, nel quale si è previsto il caso, in cui si può domandare il passaggio per un tempo non maggiore di nove anni. Sonovi inoltre ragioni più alte ed uni-

---

(1) Romagnosi, *Condotta delle acque,* § 37 e 38, 599 e 600. — *Ragion civile delle acq*[illegible] 226, 227, 228, 229 e 230.

versalmente consentite, le quali vogliono cotesta interpretazione. I miglioramenti agrari sono dovuti particolarmente al sistema di locazione a lunga durata. Se si negasse il diritto di passaggio al fittaiuolo, la sua industria e i suoi capitali sarebbero condannati all'inerzia, e gli effetti della libera circolazione dell'acqua non verrebbero a svolgersi che lentamente (1).

Tali osservazioni si applicano agli usufruttuari. Non si creda che tutti costoro si assomiglino, e che essi non cerchino che godere. Coloro che vedono innanzi a sè un avvenire alquanto lontano, e che sono forniti di una certa intelligenza, non trascurano il miglioramento dei fondi. Se ad essi manca il danaro, è là il fittaiuolo pronto a fare il loro ed il proprio vantaggio.

Si ammette il diritto di passaggio per le necessità industriali, L'acqua in effetti è preziosissima come forza motrice: i molini, le macchine per battere, i purgatori a riso sono indispensabili ad una proprietà per poco che sia estesa. Si temono degli abusi, o si teme un conflitto tra l'interesse dell'irrigazione e quello di usine? Savie disposizioni, che sono comuni alla condotta alle acque in generale, prevengono gli abusi. Il conflitto non può avverarsi se ognuno si tiene strettamente al principio tutelare dell'anteriorità, principio che è di diritto comune, e che è stato consacrato espressamente dall'art. 615 in ciò che riguarda le concessioni del demanio, e dall'art. 652 tra gli utenti di un medesimo canale o di una medesima fontana. Il beneficio del passaggio legale è stato fin dalla sua antica origine comune presso i milanesi e i piemontesi alla irrigazione ed alle usine. Non ne è risultato mai inconveniente alcuno. Certamente qualche volta i bisogni dell'irrigazione esigono lapreferenza. Allora vengono i regolamenti a dirimere simiglianti contese. Per tal guisa, durante l'està, le macchine cessano di lavorare in parecchi luoghi e per qualche tempo, a fine di dar agio alla irrigazione; ma in molte altre parti si è riuscito a conciliare l'irrigazione col movimento delle usine. L'acqua che fa volgere una ruota ha già servito o servirà per l'irrigazione. L'industria agricola e manifatturiera non devono ostacolarsi; la loro destinazione è di aiutarsi scambievolmente e di servire con bell'accordo all'accrescimento della privata e pubblica ricchezza (2).

Riguardo al capoverso di questo articolo, il progetto presentato dal ministro Pisanelli era conforme al codice Albertino ed al testo del codice vigente. La Commissione Senatoria ammise volentieri l'esclusione assoluta delle case, perciocchè riguardo a queste la servitù di cui trattasi, oltre ad essere sempre di grave incomodo, poteva anche pregiudicare la sicurezza e la salute degli abitanti, malgrado le più diligenti precauzioni, e di più

(1) GIOVANETTI, *Du régime des eaux*, § 7. *Motivi del codice Albertino*, pag. 503 vol. I.

(2) GIOVANETTI, *Du régime des eaux*, § 7 ed 8.

tale servitù traeva sempre seco un'altra sovente noiosissima per le riparazioni del canale.

Ma non le parve abbastanza giustificata l'assoluta esclusione eziandio dei cortili, de' giardini ed aie, ed allora quando sia affatto impossibile di stabilire il passaggio delle acque altrove, e sia per altra parte riconosciuto che può praticarsi nei medesimi cortili, aie e giardini senza che essi cessino di essere atti alla loro destinazione, nè abbiano a risentirne troppo grave danno da siffatta servitù e perciò propose il capoverso nei seguenti termini:

« Sono esenti da questa servitù le case, e, secondo le circo-
« stanze, possono anche esserlo i cortili, i giardini e le aie ad
« esse attinenti. »

Ma la Commissione Legislativa tornò invece al progetto ministeriale ed alle prescrizioni del precedente codice Albertino (1). Si disse che a tal modo si concilia per quanto è possibile l'interesse dell'agricoltura col diritto di proprietà. Se si fa eccezione per le case, perchè non si farà eccezione eziandio pei cortili, pei giardini, per le aie ad esse attinenti e formanti con esse una cosa sola? Una delle ragioni per le quali si eccettuarono le case, fu che stante la piccola estensione della loro area, il farle esenti dalla servitù, di cui parla questo articolo, non avrebbe portato gravi inconvenienti. Ora la stessa ragione si applica eziandio ai cortili, ai giardini ed alle aie. E poi quanti arbitrii non potrebbero verificarsi nell'apprezzamento di quelle circostanze per le quali anche le aie, i giardini, i cortili dovrebbero godere della esenzione stabilita per le case? D'altronde regge pei cortili, pei giardini e per le aie la stessa ragione che sta pure per le case, cioè che con l'acquedotto si turberebbe e si muterebbe troppo profondamente l'uso cui quei luoghi sono destinati (2).

G. Foschini

(1) Art. 622.
(2) Commissione Legislativa, seduta antimeridiana, 9 maggio 1865. — Regnoli *Sunto delle lezioni* per gli anni 1866 e 1867, pag. 111. Vedi la legge sui lavori pubblici dei 29 marzo 1865 e regolamento sulla derivazione delle acque pubbliche degli 8 settembre 1867.

APPENDICE XIII.

L'art. 578 del codice italiano allora soltanto è applicabile quando il vicino abbia già di-fatto destinato le acque alla irrigazione dei beni od al giro degli edifizi.

L'art. 578 del codice civile italiano è calcato sugli articoli 602 del codice albertino e 569 del codice estense. — La legge incomincia dallo statuire che, volendosi aprire sorgenti, stabilire capi od aste di fonte (1), canali od acquedotti, oppure scavarne, profondarne od allargarne il letto, aumentarne o diminuirne il pendìo, o variarne la forma, debbono osservarsi le distanze prescritte, secondo i casi, nei tre articoli precedenti. Soggiunge la legge, che debbono osservarsi ancora quelle maggiori distanze ed eseguire quelle opere che sieno necessarie per non nuocere agli altrui fondi, sorgenti, capi od aste di fonte, canali od acquedotti preesistenti e destinati all'irrigazione dei beni od al giro degli edifizi.

A tal proposito giova riferire un tratto della relazione del De Foresta a nome della commissione senatoria, che tolse a disaminare il progetto del codice civile presentato al primo ramo del Parlamento dal ministro Pisanelli. — Non può contestarsi, dice la Relazione, che colui che ha la proprietà del suolo sia pure proprietario di tutto ciò che si trova sopra e sotto la superficie, e che gli spettino pertanto le acque che vi decorrono, le quali egli possa in qualunque tempo scoprire, usarne e di-

---

(1) « Caput aquae illud est unde aqua nascitur, si ex fonte nascatur, ipse fons; si ex flumine vel lacu, prima incilia vel principia fossarum, quibus aquae ex flumine vel ex lacu in primum rivum (commune) pelli solent. Plane si aqua sudoribus manando, in aliquem primum locum effluere, atque ibi apparere incipit, ejus hoc caput dicemus, ubi primum emergit ». (Fr. I, § 8, D. *de aqua quot. et aestiva;* XLIII, 20). — Onde si abbia una idea chiara di ciò che intendesi dagli idraulici per *asta di fonte,* è opportuno ricordare la spiegazione che ne diede il marchese Lascaris di Ventimiglia nella sua memoria sui fontanili, stampata in Torino nel 1830: « In Lombardia s'intende per fontanile un terreno scavato più o meno profondamente, secondo il bisogno lo richiede, nel quale si raccoglie l'acqua che sorge alla superficie. Si distinguono in esso tre parti, delle quali la prima ha ricevuto il nome di testa, ed è in essa che si raduna l'acqua che zampillando sorge dalla terra; la seconda è stata denominata *asta,* e questa riceve lo scolo della testa; la terza è il canale che serve alla diramazione ed al passaggio dell'acqua, e che si deve considerare come il prolungamento dell'asta ».

sporne a suo piacimento. Per altra parte importa grandemente all'agricoltura ed all'industria che il proprietario il quale ha nel suo fondo un corso d'acqua che può utilizzare per rendere più fertile e più ubertoso il fondo stesso o per lo stabilimento di qualche industria, non sia trattenuto nel suo divisamento dal timore che dopo aver fatte opere e spese talvolta gravissime, per scoprire l'acqua e per fare piantamenti ed adattamenti nel fondo o fabbricare edifizi, un altro proprietario, facendo egli pure escavazioni od altre opere nel proprio fondo situato superiormente od in un'altra propizia posizione, pervenga, sebbene tali opere sieno fatte a distanza legale, a privarlo in tutto od in parte della medesima acqua, intercettandogliene il corso ed utilizzandola pel suo fondo medesimo od altrimenti.

Sorgendo contestazioni la legge impone all'autorità giudiziaria di conciliare nel modo più equo i riguardi dovuti ai diritti di proprietà coi maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura ed all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata o vuolsi destinare, assegnando, ove sia d'uopo, all'uno od all'altro dei proprietari quelle indennità che loro possono esser dovute. — Prescriversi nella legge, dice la Relazione Senatoria, che decidendo una controversia la quale dipende dall'apprezzamento di fatti e di circostanze, i tribunali dovranno tener conto di tali fatti e circostanze non è affidare i diritti delle parti al semplice arbitrio del giudice, ma solo cedere ad una necessità sovente insuperabile, onde sia loro resa piena giustizia per quanto le umane forze lo permettono: tanto meno può dirsi che la legge si affidi al mero arbitrio dei tribunali quando essa determina i fatti e le circostanze che devono valutarsi, e le conseguenze giuridiche che ne derivano. Quanto poi alla frequenza ed intricatezza delle liti che si temono, dato anche per vero questo asserto, dovrebbe sempre riflettersi che sarebbe pericoloso errore respingere qualunque disposizione anche dettata dai grandi ed impreteribili interessi sociali e dalla economia politica, tuttavolta che possa temersi che la disposizione stessa dia luogo a più o meno intricate discussioni giuridiche. — Non si deve certamente favorire lo spirito litigioso, ma è pur bene che tutti i cittadini possano esperimentare tutti i loro diritti, acciocchè la verità e la giustizia abbiano sempre il loro trionfo; le leggi che mirassero in modo troppo assoluto ad impedire le liti, avrebbero per effetto il pervertimento del senso morale dei cittadini, perchè favorirebbero la prepotenza ed i soprusi.

La Commissione coordinatrice delle disposizioni del codice civile fece plauso ai principii così acconciamente propugnati dalla Commissione senatoria; e quindi non fu accolto il sistema del progetto ministeriale, secondo il quale, per regola generale, qualora l'acqua del nuovo corso si fosse trovata ad un livello più depresso dell'acqua vicina, oltre l'ordinaria distanza legale, doveasi osservare una distanza maggiore, eguale al triplo della differenza fra i due livelli. Fu creduto non dicevole stabilire una

regola certa per tutti i casi, la diversità dei quali può essere immensa; — non essere certo che con quella regola si raggiungesse lo scopo cui mirava la legge; — non doversi sacrificare senza indennità il diritto di proprietà e della giustizia all'interesse pubblico senza essere neppure certo di favorirlo.

Premesse queste considerazioni generali intorno all'art. 578, crediamo opportuno far menzione della massima fermata dalla Corte di appello di Palermo, che la disposizione del medesimo, la quale impone a chi vuole aprire sorgenti, canali o acquedotti nel proprio fondo, l'obbligo di osservare maggiori distanze, e di eseguire i lavori necessari per non nuocere ad altre sorgenti, ad altri canali od acquedotti già esistenti nei fondi del vicino, allora soltanto è applicabile, quando questo vicino abbia già difatto *destinate* le acque all'irrigazione dei beni od al giro di edifizi. Per le acque non ancora *destinate*, ma che *voglionsi destinare* ad un uso, l'autorità giudiziaria nel conflitto fra' due proprietari, dovrà disporre che le acque siano o non siano deviate dalla prima sorgente, secondochè l'una o l'altra disposizione sia per risultare più utile all'agricoltura o all'industria: salve però le indennità di ragione alla parte che vada a risentire un danno dalla limitata libertà d'usare a suo modo delle acque: — Osservò la Corte:

« L'art. 578, allogato sotto il titolo 3.°, libro 2.°, delle modificazioni della proprietà, al capo 2.°, § 3.°, che porta per epigrafe, *Delle servitù della legge*, non è che una servitù con la quale per ragioni di pubblica utilità si modifica e limita il diritto della proprietà altrui, e come tale non è che una eccezione che restringe il libero esercizio di diritti di un altro, che forma la regola ed il principio incontrastabile sanzionato negli articoli 436, 440 e 447 del codice civile. Chi ha la proprietà del suolo ha pure quella dello spazio soprastante, e di tutto ciò che si trova sotto e sopra la superficie. Il proprietario può fare di sotto al suolo costruzioni e scavamenti, e trarne i prodotti possibili. La proprietà è il diritto di godere e disporre delle cose nella maniera la più assoluta, purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti.

« Dunque il criterio direttivo ad interpretare l'articolo 578 è quello stabilito nell'articolo 4 delle disposizioni preliminari del codice civile, cioè, come eccezione alle regole generali, non si estende oltre i casi e tempi in essa espressi. — La lettera della prima parte del ripetuto articolo è netta abbastanza; essa impone alla proprietà, che chiameremo seconda, a vantaggio dell'altra proprietà, ove preesisteva una sorgente, canale od acquedotto, e che chiameremo prima, la servitù di osservare quelle maggiori distanze ed eseguire quelle opere necessarie a fine di non nuocere alle sorgenti, canali ed acquedotti preesistenti e destinati all'irrigazione dei beni od al giro di edifizi.

« La ragione del divieto alla seconda proprietà non è nell'esclusivo ed individuale vantaggio del proprietario della prima, ma

nella pubblica utilità, che si ricava dalla destinazione delle acque prima rinvenute; s'intende, sia per opere materialmente eseguite, sia per contrattazioni sinceramente stipulate. E tutto ciò senza indennità a favore del proprietario secondo. — Il principio è sempre quello, che ognuno nel fondo proprio può escavare e l'acqua che trova è sua; però questo diritto illimitato di ragione naturale poteva cedere al vantaggio pubblico dell'irrigazione e giro degli edificii; e cesse, ma limitatamente alla fatta destinazione, sia per opere permanenti, sia per contrattazioni compiute. Volerne estender la intelligenza non all'atto della destinazione, è lo stesso che sostituire la speculazione privata al pubblico vantaggio attuato per la prevenzione, è lo stesso che far della eccezione la regola, ed oltre il caso letteralmente espresso — *destinato*.

« La maggiore estensione dell'intelligenza del suddetto articolo vuolsi dai signori Corrao dedurre dalla seconda parte di esso, allorchè concedendo all'autorità giudiziaria l'arbitrio prudente, nel caso di contesa fra due proprietari, di conciliare nel modo più equo i riguardi dovuti ai diritti di proprietà, coi maggiori vantaggi che possono derivare all'agricoltura ed all'industria dall'uso a cui l'acqua è destinata, si soggiunge nel testo, *o vuolsi destinare,* assegnando all'uno od all'altro proprietario, se ne sia duopo, quelle indennità che loro possono esser dovute. — Ecco, dicono i signori Corrao, il secondo comma spiega il primo; il *destinato* e *vuolsi destinare* sono nel pensiero di tutto l'articolo. Ma tale contraddizione ed in sì breve distanza nello stesso articolo è impossibile. Nella seconda parte di esso, fra le tante ipotesi che possono verificarsi secondo il sito ove le acque si sono rinvenute la facilità o il bisogno di poterne irrigare maggior quantità dall'uno anzi che dall'altro sito, giusta la qualità e posizione dei terreni o di edifici nell'intendimento sempre di preferire l'interesse pubblico a quello privato, sia che l'acqua fosse destinata, sia che vogliasi destinare, sia dal primo, sia dal secondo proprietario, il legislatore, coerente alla ragion movente dalla imposta servitù pel pubblico vantaggio, concede all'arbitrio prudente del magistrato, di predilìgere la pubblica utilità, accordando all'uno od all'altro proprietario l'indennità dovuta al rispettivo diritto di proprietà secondo che s'impone all'uno od all'altro il sacrificio del suo.

« Col primo comma l'articolo stabilisce la servitù a favore di chi prima trova l'acqua nel suo fondo e la destina; nel secondo comma la servitù è imposta dal magistrato col criterio stesso del pubblico vantaggio, mercè le indennità a colui che vien privato o limitato nell'esercizio del suo diritto di proprietà. E vuolsi spiegare che l'indennità dovuta al primo proprietario debba andar limitata a quella parte di acqua venutagli meno che fosse destinata, e che non può ritornare, o non è conveniente che ritorni per i maggiori vantaggi che appariscono dall'uso fatto o a farsi dai secondi; e viceversa a costoro è

dovuta l'indennità nella parte ancor non destinata dal primo, ove per intero alla prima sorgente potrebbe e dovrebbe ricondursi, se il destino a darsi sia più consentaneo al pubblico interesse.

« Questa, essa e non altra, può essere la interpretazione del primo e secondo comma dell'articolo 578. Il diritto di prevenzione del primo proprietario ci è, ma limitato al destino già fatto delle acque rinvenute che comunque provenienti dall'altrui fondo il proprietario di questo n'è spodestato per ragion di pubblico interesse, che solo nel destino può trovare la sua applicazione, il che forma la eccezione, ossia la servitù legale. Le acque ancora non destinate sono proprietà di colui che le trova nel fondo proprio, ed impera la regola. Il pubblico vantaggio, secondo la natura dei luoghi, può esigere siano destinate o che vogliansi destinare, ritornino alla prima sorgente, o rimangano nella seconda, ed allora sorge il diritto alle indennità; ed è la servitù che impone il magistrato » (1).

La sentenza dianzi riferita ha esposti colla massima precisione i principii adottati nel codice civile italiano circa i *contemperamenti* della proprietà, per usare l'espressione del Romagnosi; circa, cioè, i limiti della proprietà dei privati cittadini derivanti dal comune vantaggio. Questa dottrina, altamente civile, dei *contemperamenti* della proprietà fu ignota al diritto romano, il quale ci presenta il proprietario arbitro e moderatore assoluto di ciò che *jure dominii* gli appartiene: *quisque est rei suae moderator et arbiter.* La stessa espropriazione per causa di pubblica utilità fu ignota al diritto romano. Il codice civile italiano fece tesoro delle sapienti considerazioni del Romagnosi, ed il titolo *Delle servitù prediali* ci presenta molteplici applicazioni della dottrina propugnata calorosamente dall'insigne giurista nelle due opere: *Della ragion civile* e *Della condotta delle acque* (2).

Abbiam chiamata altamente civile la dottrina del Romagnosi; e ragionevolmente. Essa modera l'egoismo, cui s'informa il diritto privato nell'infanzia delle società; essa, frutto di progresso e di civiltà, senza sacrificare gl'interessi particolari, addita ai legislatori gli interessi generali delle civili comunanze come degni della massima tutela e protezione.

Prof. G. LOMONACO.

---

(1) Sentenza del 10 febbraio 1872; Corrao c. Cutrera. — *Annali della giurisprudenza Italiana*, anno 1872, P. II, p. 348.

(2) Vedi principalmente l'articolo 545: « Qualunque proprietario o possessore di acque può servirsene a suo piacimento o anche disporne a favore d'altri, ove non osti un titolo o la prescrizione; ma dopo essersene servito non può divertirle in modo, che si disperdano in danno di altri fondi a cui potessero profittare senza cagionare rigurgiti od altro pregiudizio agli utenti superiori, e mediante un equo compenso da pagarsi da chi vorrà profittarne, ove si tratti di sorgente o di altra acqua spettante al proprietario del fondo superiore ».

APPENDICE XIV.

Studio legale sull'azione di regolamento di confini.

Lo scopo principale di quest'azione è quello d'investigare i confini di due predi confinanti, quando siano incerti.

La confusione delle proprietà nuoce all'agricoltura, e turba con la discordia le benevole relazioni dei vicini. Quasi in tutte le legislazioni è accettato il principio sancito nell'articolo 441 del codice civile italiano, che ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire a spese comuni i termini tra le loro proprietà contigue.

Le azioni concernenti i confini furono in Francia demandate al giudice di pace sin dal 1808.

Il progetto del codice rurale di quell'epoca disponeva nel seguente modo:

« Art. 40. I proprietari limitrofi, essendo di accordo, provvederanno alla terminazione delle loro proprietà in quel modo che essi stimeranno conveniente ».

« Art. 41. In caso di contestazione il giudice di pace nominerà gli esperti e pronuncierà sul loro rapporto. In difetto di titoli, di termini e di altri riscontri, gli esperti procederanno secondo la pubblica notorietà ».

Dunque i giudici di pace erano competenti a conoscere delle azioni di confinazione, quando vi fosse stata *contestazione tra le parti*. Se invece fossero stati di accordo, non era il caso di adire l'autorità giudiziaria. Le parti stesse procedevano alla terminazione delle loro proprietà nel modo che avessero creduto più conveniente, ma senza il concorso dell'autorità giudiziaria.

Nel 1838 fu pubblicata in Francia la nuova legge la quale attribuiva alla competenza del giudice di pace la cognizione dell'azione di confinazione nel solo caso in cui la proprietà od i titoli che la stabilivano non erano contrastati. Ecco la relazione a quella legge:

« Nel novero delle frequenti contestazioni che nascono dalle relazioni del vicinato s'incontrano quelle che si agitano ad occasione della confinazione della proprietà, della distanza che vuolsi osservare nella piantagione degli alberi e delle siepi e delle costruzioni dei lavori destinati a preservare da ogni anno le proprietà urbane contigue. Coteste discussioni non possono

ben definirsi che visitando i luoghi su cui cade la controversia; la osservazione dei luoghi può soltanto fare interpretare i titoli senza equivoco, dileguare i sotterfugi della mala fede, chiarire i dubbi. Ordinariamente più esperto di tali luoghi, e in ogni caso potendo più agevolmente che un tribunale numeroso recarsi in essi, il giudice di pace risparmierà alle parti le spese di perizie, e compirà egli stesso il lavoro del perito e del geometra. La divisione della proprietà che va incessantemente crescendo rende questa missione del giudice di pace sempre più necessaria. Nè dubitiamo punto che se sia ben compresa, il magistrato non trovi in essa una propizia occasione per esercitare la sua benefica autorità. Ma se non si tratti di ricercare i confini e di stabilirli, sibbene di statuire sopra una rivendicazione della proprietà, o se ad occasione, sia dei lavori di precauzione che si debbono fare, sia dalla distanza da osservare nelle piantagioni, la proprietà od i titoli che la stabiliscono, siano contestati, venendo allora in discussione interessi assai gravi, sarà opportuno che la giurisdizione eccezionale del giudice di pace si arresti ».

Nelle abolite leggi civili napoletane l'articolo 568 disponeva così: « Ogni proprietario può obbligare il suo vicino a stabilire i termini di confine delle loro contigue proprietà. Lo stabilimento dei termini di confine si farà a spese comuni ».

E nelle leggi di procedura civile, articolo 103 n. 2, era prescritto:

« La citazione sarà sempre fatta davanti al giudice del luogo dove è situata la cosa ove si tratti:

2.° Di rimozione o alterazione di termini, di usurpazione di terreno, di alberi, di siepi, di fossi ed altri recinti, eseguiti entro l'anno antecedente alla distanza ».

E l'articolo 142 disponeva nel seguente modo: « In tutti i casi nei quali la ispezione locale può essere utile per la intelligenza delle disposizioni e specialmente nelle azioni per rimozioni di termini, usurpazioni di terreni, alberi, siepi, fossi o altri recinti, e per rinnovazione sul corso delle acque, il giudice, se lo crede necessario, si porterà sul luogo ed ordinerà che ivi siano esaminati i testimoni ».

Nel codice di procedura civile per gli Stati sardi l'articolo 6 dava questa disposizione:

« I giudici di mandamento conoscono inoltre qualunque sia il valore della causa:

2.° Della rimozione dei termini, dell'usurpazione di terreno, d'alberi, di siepi commessa entro l'anno;

6.° Dello stabilimento e della cognizione dei termini, quando la proprietà non è contrastata ».

L'azione completata nel numero 2.° era destinata al mantenimento del possesso, distruggendo gli attentati commessi di privata autorità.

Quella contemplata nel numero 6.° era diretta a confinare le

proprietà esercitando il diritto di ricercare e fissare i termini o confini delle proprietà contigue.

L'azione per regolamento dei confini è *petitoria.*

Quindi non si può confondere con l'azione *possessoria* diretta ad ottenere la osservanza delle distanze al piantamento di alberi o di siepi di cui è cenno nel numero 4 dell'articolo 82 del codice di procedura civile italiano.

E molto meno si può confondere con l'azione per rivendicazione. É vero che l'azione per regolamento dei confini implica la ricognizione dei diritti dei confinanti; giacchè se la linea di confine sia contesa l'azione importa una questione di proprietà.

Paolo, il giureconsulto romano, diceva: « *actio finium regundorum in personam est, licet pro vendicatione rei est. Proprietatis controversiæ cohaeret* ». Ma la quistione non cade sulla proprietà dei fondi, sibbene sulla vera estensione dei fondi attesa la incertezza dei termini rispettivi. Ciascuno dei litiganti con la duplice qualità di attore e di convenuto domanda che gli sia attribuita quella estensione che una giusta confinazione dimostrerà di appartenergli.

Viceversa con l'azione di rivendicazione l'attore pretende che la cosa posseduta dal convenuto gli appartenga e gli sia attribuita. La quistione allora non cade sui confini incerti, ma sul fondo certo e determinato che si reclama dall'attore.

Nella determinazione dei fondi voglionsi distinguere due operazioni: 1.° la ricerca dei confini; 2.° la opposizione dei termini. La prima operazione è quella che costituisce l'obbietto del giudizio di terminazione. Quando i confini sono certi e non cade controversia o difficoltà sulla linea divisoria dei due fondi è assolutamente superfluo l'intervento dell'autorità giudiziaria, perchè manca il contradditorio e manca la controversia da risolvere nella ricerca dei confini.

Curasson nel definire la competenza del giudice locale in fatto di regolamento di confini tra la proprietà contigua, così ragiona: « Ma dovrà forse dirsi che cessa questa competenza al punto in cui le parti non siano di accordo intorno al limite dei loro fondi? Se fosse così la nuova legge sarebbe affatto illusoria perchè l'azione per lo stabilimento dei termini ha precisamente per oggetto di determinare la linea di separazione dei due fondi; il che non può conseguirsi senza statuire sopra le difficoltà che possono presentarsi nella ricognizione dei confini ».

Il giudice deve statuire sopra tutte le difficoltà ed eccezioni che possono elevarsi e che concernono la linea di separazione.

Se difficoltà od eccezioni non si elevano sulla linea di separazione non è mestieri dell'opera del giudice giacchè non dovrebbesi fare altro che apporre i termini nei punti dalle parti ammessi ed indicati. Che se le parti non sappiano indicare da sè stesse i confini delle loro proprietà, o manchino i titoli, o

questi siano non chiari abbastanza, o contraddittori, ovvero contro i titoli vi sia un possesso abile all'acquisto di un diritto, allora la discordanza delle parti dà luogo al contraddittorio, alla difficoltà e quindi fa bisogno dell'opera e del concorso del magistrato per risolvere le questioni sulla vera contenenza dei fondi.

Il codice italiano ha elevato a formola questo principio adottato dalla scuola e dalla giurisprudenza e nell'articolo 79 del codice di procedura civile ha disposto così:

« *Se la controversia cade sul regolamento dei confini il valore si determina da quello della parte di proprietà controversa* ».

Ciò vuol dire che, a differenza di quanto era disposto nelle altre legislazioni, l'azione per il regolamento dei confini così come viene ammessa dal codice di procedura civile in vigore è *azione petitoriale concessa per risolvere le questioni intorno alla proprietà della linea divisoria e non dei fondi.*

Dunque non si dà azione per regolamento di confini quando non siavi contestazione o disaccordo dei proprietari sulla linea divisoria dei fondi. E non è possibile contestazione sulla linea divisoria delle proprietà senza questione sulla proprietà.

Se la parte dei fondi su cui cade la controversia è del valore per cui è competente il pretore, la questione per regolamento dei confini è risoluta dal pretore; se oltrepassa quel valore, la questione dovrà essere risoluta dal tribunale.

E poichè la competenza, in materia di regolamento di confini, si determina dal valore della parte di proprietà controversa, il tributo dovrà frazionarsi, e quando il farlo riuscirà difficile, il valore si accerterà mediante perizia.

Oltre l'azione *petitoriale*, nel regolamento di confini potremmo avere anche un'azione *possessoriale.* Ma allora si tratterebbe di diritto non di proprietà, ma di mantenimento nel possesso temporaneo di quella parte di fondo che con la violazione dei confini, o di rimozione di termini, altri abbia voluto comprendere nella sua proprietà. In tale giudizio possessoriale l'attore pretende di essere mantenuto nel possesso del fondo come l'aveva precedentemente, senza disputare affatto della proprietà, e quindi il giudizio non è di regolamento di confini, ma di manutenzione nel possesso.

Il giudice competente per definire la questione dei confini è pure competente a statuire intorno al modo che dovrà tenere nella ricerca dei veri confini delle due proprietà. Se una delle parti chiede che la linea di separazione fosse determinata secondo i titoli che produce, e l'altra per contrario opponesse la prescrizione di trent'anni e richiedesse che la linea divisoria fosse stabilita a norma del possesso, il giudice competente per l'azione di regolamento dei confini sarebbe competente a sentenziare sulla prescrizione. E quando i titoli dei litiganti fossero contraddittori, il giudice competente per l'azione di regolamento

di confini sarebbe anche competente a decidere la controversia, valutando ed interpretando i titoli ed ordinando perizia per la misurazione dei fondi e disponendo anche la prova per testimoni onde accertare il possesso dei fondi.

La giurisprudenza ha sempre e con costante uniformità applicati i principii su esposti.

La Corte di cassazione di Parigi nella udienza del 4 gennaio 1848 stabiliva la seguente massima:

« L'azione di confinazione, *actio finium regundorum*, non obbliga l'attore ad indicare in un modo preciso la parte di terreno che deve rientrare nei limiti nella sua proprietà, come dovrebbe fare nel caso di revindicazione, perchè nell'azione di confinazione non ci ha nè attore nè convenuto, ma tutte e due le parti riuniscono rispettivamente queste due qualità ».

L'azione *finium regundorum* non si deve confondere con quella di revindicazione. Con questa si reclama la cosa propria; con quella si cerca di appurare i confini. L'azione di confine da molti è dichiarata mista, perchè mentre procede dal dominio, è animata dal vincolo personale e dal fatto della vicinanza. Provata la condizione di confinante e la incertezza nella linea divisoria della proprietà, è indispensabile l'azione *finium regundorum* per accertare la vera linea di confinazione, avvalendosi di titoli, di perizie, di prove testimoniali e di ogni altro mezzo probatorio ».

La Corte di cassazione di Napoli nella udienza del 6 novembre 1856, presidente Iannaccone e relatore De Tommaso, pronunziava la seguente decisione:

« Una siffatta azione quando si promuove per turbazione di confini tende a provvedere essenzialmente al passato, onde ridonarsi a ciascun confinante la giusta misura e provvede anche all'avvenire, stabilendo i termini che debbono garantire a ciascuno la estensione dovutagli. Che l'azione *finium regundorum* è un'azione doppia, essendo ciascuno dei contendenti attore e convenuto ad un tempo; quindi fa d'uopo esaminare i titoli di entrambi per giudicare della estensione di ciascuno e determinare i confini tra loro.

« Che sebbene con lo sperimento dell'azione in proposito si metta in movimento un diritto personale, ciò non pertanto la revindicazione, come obbietto della medesima, ci è affatto internata, come diceva il giureconsulto Paolo: *actio finium regundorum in personam est, licet pro vindicatione rei est.*

« Che a differenza di ciò che ha luogo nella revindicazione ordinaria il giudice ciò che trova di più in uno dei fondi deve attribuirlo al vicino dove torvasi che manca. *De modo agrorum arbitri dantur. Et is qui majorem locum in territorio habere dicitur, cœteris, qui minorem locum possident, integrum locum adsignare compellitur* ».

« Che il giudice per pronunziare sull'azione *finium regundorum* deve ordinare perizia e prova testimoniale per conoscere nel fatto ciò che si allega:

La stessa Corte di cassazione di Napoli nella udienza del 6 luglio 1867, presidente D'Avossa e relatore De Monte, confermò gli stessi principii di diritto con la seguente decisione:

« E però qualora si contenda di uno spazio più o meno di cinque piedi lungo la linea di confinazione, può intendersi il bisogno di un regolamento di confine; nel qual caso è razionale che la reintegra per la parte danneggiata sia la conseguenza dell'azione *finium regundorum*. Ecco come i giureconsulti romani dicevano: *quoties agrorum ad dominos pertinentium fines confusi sint, sive casu, sive finium, aut tertii facto comparata est finium regundorum actio*, *quod est iuris duplex mixta, qua primario contenditur inter confines de spatio quinque pedum, seu finibus agrorum regulandis et discernendis* ».

Anche la Corte di cassazione di Firenze nella udienza degli 11 novembre 1868 adottava le stesse massime:

« Che l'azione *finium regundorum* di sua natura mista sia che tenda a regolarizzare un confuso e promiscuo possesso, sia a rettificare i confini esclusivamente posseduti dal vicino, spiega di necessità i caratteri della revindicatoria, che ha in tal caso insita in sè medesima, e che appunto in questo senso vien detta *cohaerere controversiae proprietatis, et vindicatio fieri* ».

Infine la Corte d'appello di Casale nella udienza del 1.° dicembre 1868 adottò la seguente massima:

« La competenza per regolamento di confini si determina dal valor della parte di proprietà che si pretende usurpata, il quale valore, quando non possa altrimenti determinarsi, si accerta mediante la perizia ».

Dunque il pretore è competente a sentenziare sopra tutte le quistioni di fatto e di diritto, e sopra tutte le difficoltà e su tutti gli incidenti che possono sollevarsi nel giudizio per lo stabilimento o ricognizione dei termini, sempre che il valore della parte delle proprietà controverse dei due litiganti non ecceda le L. 1500.

Quest'azione è *petitoriale mista* da non confondersi con la revindicazione.

Sarebbe un'*azione possessoriale* nel caso di turbativa se l'attore dimandasse al pretore di essere mantenuto nel possesso legittimo.

FRANCESCO DE FILIPPIS.

APPENDICE XV.

L'azione di regolamento di confini è di competenza pretoriale. Quando si promuove un giudizio civile sopra materia che già formi obbietto di giudizio penale, deve sospendersi ogni pronunziato sino alla risoluzione di quest'ultimo (a).

Il Tribunale ha rilevato

IN FATTO

Che Emanuele Murena nel 29 novembre 1877 portò querela contro il signor Francesco Fiordelise, Saverio de Marco e Santo Coscione per dolosa amozione di termini in un suo fondo in San Cipriano luogo detto *Via Viola,* commessa nel 20 detto mese, e la causa dopo la richiesta del Pubblico Ministero per citazione diretta degli imputati pende presso questo tribunale.

Nel 24 dicembre detto il Fiordelise convenne avanti il pretore di Trentola il Murena, ed avanzò dimanda di regolamento di confini fra il suo fondo Sant'Aniello ed il detto fondo Via Viola del Murena da fissarsi con termini lapidei da un perito da destinarsi.

Il pretore suddetto in contumacia del Murena ordinò perizia e prova testimoniale col suo accesso sopra luogo per determinare il possesso della zona controversa, ed il preciso punto ove doversi delimitare i fondi.

Si oppose Murena a tale sentenza adducendo:

1.° Incompetenza del pretore per ragione di valore di ciascuno dei fondi controversi;

2.° Essersi pronunziato *ultra petita* non avendo l'attore inteso di rivendicare alcuna zona di terra;

3.° I veri termini vi erano e furono abusivamente amossi dal Fiordelise;

4.° *Non potersi deliberare sino alla risoluzione del giudizio penale già promosso avanti il tribunale.*

(a) Pubblichiamo la seguente decisione del tribunale di S. Maria Capua Vetere, del 6 aprile 1878, sovra un'importante quistione in materia di regolamento di confini. Facciamo seguire anche una profonda critica a questa sentenza del Prof. F. De Filippis.

Il pretore con sentenza degli 11 febbraio 1878 respinse tali opposizioni e confermò l'opposta sentenza. Contro questa sentenza il Murena produsse appello con atto del 20 detto mese riproducendo gli stessi motivi posti a base della opposizione.

IN DIRITTO

Ha risoluto le seguenti

Quistioni: — 1.° È competente il pretore per l'azione di regolamento di confini?

2.° Quando si promuove un giudizio civile sopra materia che già forma obbietto di un giudizio penale deve sospendersi ogni pronunzia sino alla risoluzione di quest'ultimo?

3.° Che sul merito dell'appello e sulle spese?

Sulla prima. — Ha osservato : che l'azione per regolamento di confini risolvendosi per ordinario in controversia sulla spettanza di una quota di terra , avvegnachè ove le parti concordassero sul punto preciso di distacco fra le due proprietà non vi sarebbe bisogno di adire il magistrato, va regolata per gli effetti della competenza dal valore della parte di proprietà controversa (art. 79 codice di procedura civile). D'altronde sarebbe lo stesso che venir meno ai principii direttivi della teoria dell'ordine delle giurisdizioni, se la quistione sull'appartenenza di una piccola zona di terra dovesse sottrarsi alla competenza del pretore sol perchè tale zona può per avventura far parte di un latifondo di un gran valore, laddove la controversia è circoscritta in così miti confini. La legge chiaramente detta doversi regolare la competenza sul valore del fondo, quando si disputi della proprietà, ovvero di una servitù, ed in altri casi specialmente designati, ma non quando l'essere i confini a pochi centimetri più o meno discosti da un determinato punto non possa depreziare il valore dell'intero fondo, che resta perciò estraneo alla materia ed agli effetti del giudicato che si va ad emettere. Per tal ragione adunque, e perchè non si contrasta tra le parti sul mite valore della zona controversa si deve ritenere questo inferiore alle L. 1500, e quindi si deve respingere il primo motivo di appello in ordine alla pretesa incompetenza del pretore di Trentola.

Sulla seconda. — Ha osservato che le giurisdizioni per effetto degli ultimi progressi della scienza già *incardinati* (sic) nel diritto *codificato* (sic) furono così nettamente delimitate da escludere fino la possibilità di ulteriori quistioni al riguardo. Non esiste, egli è vero, alcuna preminenza di massima di una giurisdizione sull'altra. Ogni autorità giudiziaria ha la sua sfera di competenza, esercitando la quale essa forma la cosa giudicata, ma per l'esercizio di essa, come chi vuole lo scopo deve dare i mezzi atti a raggiungerlo, essa estende la sua giurisdi-

zione esclusiva su tutte le quistioni accessorie, anche quando queste per loro natura, ed isolatamente prese, portassero a diversa competenza: difatti il giudicare, a modo di esempio, del possesso spetta al magistrato civile, ma quando con violenza e vie di fatti si sia attentato a questo possesso è chiamato a deciderne il magistrato penale, il quale giudica nel tempo istesso e del *possesso* e dello spoglio violento e delittuoso, e ciò perchè a chi è data una giurisdizione si intende concesso quanto è necessario alla piena esplicazione del suo potere. Può avvenire però che il diritto che si pretende leso non si immedesimi per tal modo nel fatto delittuoso da rendere indispensabile o sommamente conveniente che ne giudichi lo stesso magistrato penale, ed in tal caso, visto che le indagini di diritto civile non sempre si conciliano con la brevità dei dibattimenti penali, questi è in facoltà a suo giudizio ed arbitrio di concedere all'imputato di far dichiarare questo diritto, dal quale deriverebbe la esclusione del reato dal magistrato civile e di sospendere perciò il giudizio penale sino alla risoluzione del giudizio civile, dandogli a tal uopo un termine; ma questa facoltà del magistrato penale in nessun caso diventa obbligatoria: sicchè nè il magistrato civile adito per la risoluzione di una quistione già sottoposta ad un magistrato penale, nè l'imputato stesso potrebbe nei casi d'identità di due cause, l'una civile, l'altra penale, usurpargli il diritto di avvalersene o di rifiutarla: questi adendo il foro civile, e quello accettando di conoscerne in pendenza di un giudizio penale. Questo è il dettato e lo spirito dell'art. 33 del codice di procedura penale; e questo che si sostiene nei casi di concorso di due azioni competenti alla stessa persona, l'una per la punizione del colpevole, l'altra pel risarcimento dei danni, si attaglia perfettamente all'altra ipotesi che, pendendo l'azione penale contro l'imputato, voglia questi istituire un'azione civile, che abbia per obbietto la stessa materia del giudizio penale già promosso.

Che il principio di sopra enunciato è ribadito dal disposto dall'art. 848 dello stesso codice di procedura penale, nel quale facendosi la ipotesi che per l'accertamento dei reati si debba provare l'esistenza dei contratti, da cui dipendono, prescrive che si possa ammettere la prova testimoniale nel solo caso però che fosse ammessibile ai termini delle leggi civili; dunque conferma il principio che anche dovendosi provare l'esistenza di un contratto, che è materia tutta civile, il giudice penale, pur conservando la sua competenza, deve applicare esso stesso le disposizioni di diritto civile.

Da questo stesso principio emerge, che quando nel corso di un giudizio civile insorga ragionevole argomento della esistenza di un reato di azione pubblica, la causa debba restar sospesa se la cognizione del reato influisca sulla decisione della medesima (art. 31 del codice di procedura penale); avvegnachè se l'azione civile e la penale si giudicassero simultaneamente presso

differenti giurisdizioni, l'una operando indipendentemente dall'altra, si potrebbe di leggieri sentenziare in contraddizione, negando l'una gli effetti civili ad un fatto che ammesso dall'altra abbia già prodotto le conseguenze penali o viceversa. Or, poichè il giudizio penale è più comprensivo del giudizio civile, inquantochè per l'applicazione della pena è indispensabile far precedere il giudizio sulla colpabilità, e quindi sulla esistenza del fatto delittuoso, e le conseguenze dell'uno sono più gravi e meno riparabili di quelle dell'altro, è canone di diritto, che quando l'uno possa influire sull'altro, il giudizio penale debba precedere il giudizio civile, e quindi debba questo restar sospeso fino alla risoluzione del primo, sia quando in corso di un giudizio civile si debba iniziare il procedimento penale (art. 31 codice di procedura penale), sia a maggior ragione quando già si trovi iniziato il procedimento panale, e si voglia da chiunque delle parti esercitare un'azione sopra fatti che si riferiscono immediatamente alla materia del giudizio penale. Spetta in tal caso al giudice penale di decidere se proponendosi dallo imputato la eccezione di diritto civile, sia conveniente di arrestarsi ed aspettare che vi pronunzi un magistrato civile, ma fino a quando esso non avrà ammesso che la questione civile non è così connessa al reato da doversi necessariamente accoppiare all'azione penale, e per dippiù che tale eccezione abbia l'apparenza di fondamento richiesta dalla legge, e quindi sia applicabile l'articolo 33 codice di procedura penale, non può il magistrato civile invadere il campo penale. In omaggio di tale principio è scritto l'art. 4.°, per il quale in regola generale l'esercizio dell'azione civile resta sospeso finchè siasi pronunziato diffinitivamente sull'azione penale intentata o prima o anche durante l'esercizio di essa. Consentaneamente pure allo stesso principio è prescritto con l'art. 308 del codice di procedura civile, che quando sia il caso di procedere in via penale per reato di falsità la causa civile resta sospesa fino a che non sia definito il giudizio penale; ed infine se l'eccezione conferma la regola, nei casi non eccettuati abbiamo a compimento di ogni argomentazione che nei soli reati di soppressione di stato l'azione penale non può promuoversi che dopo la sentenza diffinitiva del giudice civile sulla quistione di stato (art. 32 codice di procedura penale).

Che volendo dopo tutto attingere anche alle fonti del diritto la conferma che l'azione civile debba necessariamente e per regola generale aspettare l'esito dell'azione penale, e non viceversa, basta consultare la legge 24, *de judiciis*; ove è detto: *Per minorem causam majori cognitione praejudicium fierit non oportet: major enim quaestio minorem causam ad se trahit*, e la legge 4 cod. *de ord. jud.* la quale si esprime così: *Quoniam civili disceptatione intermissa, saepe fit ut prius de crimine judicetur: quod utpote majus, merito minori praefertur, ex quo criminalis quaestio, quocumque modo cessaverit, oportet ci-*

vilem causam velut ex integro in judicium deductam distingui, ut finis criminalis negotii ex eo die quo inter partes fuerit lata sententia, irritum civili quaestioni tribuat.

Sulla terza — Ha osservato che non solo tra il giudizio penale che versa sulla dolosa amozione dei termini di confine tra le due proprietà di Fiordelise e Murena vi è connessità, ma si può ben dire esservi perfetta identità di cause, ed in vero le stesse parti non ne disconvengono, perchè è chiaro che se con la querela Murena dice a Fiordelise: tra i nostri due fondi vi erano i termini di confine, e voi con dolo, con malizia, con coscienza di commettere il male li avete amossi, ed il magistrato penale deve conoscere di questi fatti e deciderne nel senso non solo di dichiarare la verità della dolosa amozione, ma dovrà, dopo applicata la pena principale, applicare anche la pena accessoria del risarcimento dei danni, i quali nella specie sarebbero innanzi tutto di rimettere i termini dolosamente amossi nello stesso modo come per lo innanzi si trovavano, chi non vede che l'azione civile promossa dal querelato Fiordelise, con la quale dicesse che termini non vi sono, e che si devono consultare le condizioni topografiche e il possesso ed i titoli rispettivi per indagare il sito preciso dove collocarli, mentre egli per effetto del giudizio penale potrebbe essere obbligato a collocarli nel punto preciso donde li avesse per avventura dolosamente disvelti, è intimamente connessa con la materia già demandata alla giurisdizione penale e resterebbe da questa assorbita?

Che se Murena fra le sue eccezioni propose ancor quella che si dovesse sospendere il giudizio civile sino all'esito del giudizio penale, ed ancor quando specificatamente il Murena non avesse data questa forma alla sua eccezione di litispendenza, dovendosi badare più alla sostanza che alla forma delle eccezioni ed azioni che si propongono in giudizio, ed anche avuto riflesso alla necessità di rispettare l'ordine delle giurisdizioni per evitare la contrarietà dei giudicati, la qual cosa è di ordine pubblico, e si poteva elevare anche di ufficio, il pretore non doveva sorpassare l'ostacolo della litispendenza penale ed impadronirsi della materia del contendere fino al punto che, senza neppure esserne giustificato dall'art. 363 codice di procedura civile, appose alla sua sentenza (tutto che istruttoria, ma sempre lesiva del merito e moralmente influente nei suoi effetti presso il magistrato penale) la clausola di provvisoria esecuzione. Deve quindi il tribunale rivocare siffatta sentenza, e rivocando del pari la opposta *sentenza* contumaciale, dichiarare sul merito della dimanda di Fiordelise di doversi sospendere ogni ulteriore deliberazione sino all'esito del giudizio penale.

Che Fiordelise, il quale avrebbe (se non irritualmente iniziato il giudizio civile perchè la data della citazione diretta base della querela penale è posteriore al suo libello civile, e potrebbe quindi allegare ignoranza fino a quel momento della querela penale) indebitamente resistito alla eccezione del Mu-

rena per la sospensione del giudizio civile, e poi contrastato lo appello, deve come soccumbente subire la condanna alle spese dello intero giudizio, riservando solo a decidere, quando che sia sul costo dell'atto di citazione ad istanza di esso Fiordelise. Art. 370 codice di procedura civile.

Per tali motivi — Il Tribunale uditi i procuratori delle parti diffinitivamente pronunziando sull'appello del 20 febbraio 1878 prodotto da Emanuele Murena avverso la sentenza del pretore di Trentola del 12 detto mese vi fa diritto, e per lo effetto rivocando l'appellata sentenza, rivoca del pari la precedente sentenza contumaciale del 20 gennaio detto anno e dichiara sospesa ogni ulteriore deliberazione sulla domanda per regolamento di confini avanzata dall'attore Francesco Fiordelise con suo atto del 24 dicembre 1877 fino all'esito del giudizio penale iniziato con querela del 29 novembre detto anno, ovvero sino a quando non sieno state le parti rimesse davanti il magistrato civile in esecuzione dell'articolo 33 del codice di procedura penale.

Condanna l'appellato Fiordelise alle spese dell'intero giudizio a favore del signor Murena da liquidarsi dal giudice signor Ippolito che resta delegato; riservando allo esito del giudizio di merito il solo costo del libello introduttivo del giudizio.

Ecco ora la critica alla riportata sentenza.

Senza che noi il dicessimo, il lettore da sè vede in questa sentenza non il tribunale che giudica, ma il patrocinatore che difende il signor Murena, vedendone più della parte stessa.

Per venire a quella sentenza il tribunale ha dovuto commettere un eccesso di potere, vagando oltre i confini delineati dalla contestazione della lite; ha dovuto violare i canoni della buona logica; ha dovuto citare male a proposito testi della legge romana ed ha dovuto menar strazio dei principii elementari di diritto.

I. Il tribunale ha dovuto commettere un eccesso di potere, violando legge e contratto giudiziale.

Tutti gli scrittori dicono che un giudice freddo ed imparziale deve non creare la controversia, ma esaminarla e risolverla; e deve giudicarla così come le parti contendenti gliela propongono non quale egli creda sollevarla.

Dicono pure gli scrittori che per contenere il magistrato giudicante entro i confini delineati dai litiganti e per richiamare la sua attenzione unicamente sulle domande dell'attore e sulle eccezioni del convennto, il legislatore gli abbia imposto l'obbligo di riferire nella sentenza il tenore delle conclusioni prese dai litiganti (art. 360 n. 4 del cod. di proc. civ.).

Nella controversia decisa dalla sopra trascritta sentenza il signor Fiordelise attore chiedeva che si fosse dal pretore determinata la linea divisoria del fondo di sua proprietà con quello attiguo del signor Murena una volta che non era stato possibile

determinarsi da due periti nominati dagli stessi proprietari, nè da un terzo perito scelto di comune accordo.

E poichè il pretore aveva con sentenza contumaciale ordinato l'accesso sopra luogo, la perizia e la prova testimoniale, il signor Murena si oppose alla sentenza che aveva ordinato quei mezzi istruttori per quattro motivi:

1.° Per incompetenza quanto al valore della causa;

2.° Per aver ecceduto i limiti della domanda;

3.° Per essere quella domanda capziosa ed infondata:

4.° Per la litispendenza, essendo in corso una querela di amozione dolosa dei termini, e quindi s'invocava l'applicazione dell'art. 104 della proc. civ.

Essendo stati rigettati i motivi di opposizione, in appello il signor Murena ripetè gli stessi motivi e sul quarto di essi conchiuse che « la causa doveva essere decisa dall'autorità giu« diziaria penale innanzi a cui era stata preventivamente pro« mossa, come prescrive l'art. 104 della procedura civile ».

Conformemente alle proposte eccezioni il signor Murena dava il seguente tenore delle conclusioni che trovasi riportato nella sentenza:

« 1.° Accogliere lo appello proposto, ed all'uopo rivocare la « sentenza del pretore di Trentola;

« 2.° Per tale effetto rigettare la domanda del signor Fior« delise, o per lo meno dichiarare non trovarvi luogo a de« liberare ».

Ogni giudice imparziale, accogliendo l'appello proposto e rivocando la sentenza del pretore, avrebbe rigettata la domanda dell'attore od avrebbe per lo meno dichiarato non trovarvi luogo a deliberare.

Invece il tribunale « fa diritto all'appello, rivoca la sentenza « appellata, rivoca pure la precedente sentenza contumaciale » e *dichiara sospesa ogni ulteriore deliberazione sulla domanda di regolamento di confini.*

Ma chi ha domandato la sospensione del giudizio civile? E dove si accenna a sospensione dal tenore delle conclusioni del signor Murena? E può un giudice allontanarsi dalla formola del quasi contratto giudiziale e decidere su cosa non dimandata?

Il tribunale risponde che lo può, trattandosi « della neces« sità di rispettare l'ordine della giurisdizione per evitare la « contrarietà dei giudicati, la qual cosa è di ordine pubblico e « si poteva elevare anche di uffizio » Misericordia!!

A quelli che imparano gli elementi di procedura non isfuggono due concetti che ha dimenticato il tribunale:

a) Che l'art. 187 procedura civile, il quale descrive quali eccezioni di incompetenza possono elevare di ufficio i giudici, dice quelle per *materia e valore*, soggiunge: « In ogni altro « caso l'eccezione d'incompetenza deve essere proposta prima « di ogni istanza o difesa, *nè si può pronunziare di ufficio* ».

b) Che la *connessione, la continenza di causa e la litispendenza* non possono mai derogare alla regola di competenza assoluta per ragion di materia o di valore. E quindi non possono elevarsi di ufficio nè possono proporsi tra due controversie appartenenti a due distinte giurisdizioni.

Ecco come Pisanelli ragiona nel suo trattato della competenza:

« Quindi è manifesto che non possa parlarsi di connessione « di causa tra due controversie le quali appartengono a due « distinte giurisdizioni, la civile e la commerciale, o che pen- « dano innanzi a due magistrati che hanno attribuzioni diffe- « renti, il giudice di mandamento ed il tribunale civile, o presso « due magistrati di grado diverso, il tribunale provinciale e la « Corte d'appello. Sanzionando anche in questa ipotesi la con- « nessione delle cause e gli effetti che ne derivano, si mano- « metterebbero, pel vantaggio privato, le regole suggerite dal- « l'utilità pubblica intorno alla distinzione delle giurisdizioni, « alla distribuzione della materia per ragione di quantità, al « doppio grado di giurisdizione che deve ogni causa percorrere.

« Ma anche per ammetterla come derogazione alla regola di « competenza territoriale è d'uopo che sieno certi i vantaggi « dei litiganti, e gravi gl'inconvenienti nel rifiutarli !!

Or nelle specie, non trattandosi d'incompetenza per *materia* o *valore*, ma per *connessione* o *litispendenza* (che per altro non si verifica neppure nella controversia agitata), perchè al tribunale è piaciuto di ufficio elevare una eccezione contro il divieto espresso dell'art. 187 proc. civile dicendo che il *pretore non doveva sorpassare l'ostacolo della litispendenza penale ed impadronirsi della materia del contendere.*

Appunto perchè doveva patrocinare la causa del sig. Murena e non giudicare *secundum alligata et probata* e ciò a qualunque costo, anche commettendo un eccesso di potere.

II. Il Tribunale ha violato i canoni della buona logica per venire alla sua conclusione. Non intendiamo seguirlo nella forma del suo ragionare che si lascia all'ammirazione del lettore. Così per averne un saggio, basta riportarne il seguente brano: « Sulla seconda. Ha osservato che le giurisdizioni per effetto degli ultimi progressi della scienza *già incardinati* nel *diritto codificato* furono così nettamente *delimitate* da escludere fino la possibilità di ulteriori questioni al riguardo ».

Noi intendiamo seguirlo nel contenuto delle sue motivazioni che formano le premesse della sua conclusione.

A. Il Tribunale dice che ogni autorità giudiziaria ha la sua sfera di competenza, e che estende la sua giurisdizione esclusiva in tutte le questioni accessorie anche pertinenti ad altra competenza. Per confortare poi la sua massima con un esempio, dice: « Difatti il giudicare, a modo di esempio, del possesso, spetta al magistrato civile, ma quando con violenza e vie di fatto si sia attentato a questo possesso è chiamato a deciderno

il magistrato penale il quale giudica nel tempo stesso e del possesso e dello spoglio violento e delittuoso ».

Ci permettiamo ricordare al tribunale che anche il giudice civile si occupa del possesso tolto con violenza e con via di fatto (Art. 695, 696 e 697 cod. civ.).

Osiamo poi far riflettere al tribunale che alla massima generale (la quale per altro non patisce eccezione veruna sempre che le questioni accessorie o le eccezioni rientrano nella competenza dei giudice penale) si fanno certe limitazioni dal codice stesso per le quistioni pregiudiziali che possono riguardare: 1.° la proprietà ed i diritti reali immobiliari: 2.° la proprietà ed il possesso di mobili; 3.° la esistenza e la interpretazione dei contratti; 4.° lo stato delle persone.

In terzo luogo ci sia permesso di far notare al tribunale che il giudice penale, quando anche si pronunzii sulla eccezione civile, non fa altro che giudicarne per rapporto alla questione principale: di maniera che la sua decisione importa autorità di cosa giudicata esclusivamente sulla questione principale e non sulla eccezione che è stata decisa soltanto come *mezzo* per pervenire alla soluzione della quistione principale.

Ecco come al proposito si esprime la Cassazione:

« Attesochè i tribunali correzionali non sono istituiti che per « conoscere i delitti. Che si elevino dinanzi ad essi eccezioni « diverse da quelle che sono riservate alla giurisdizione penale, « essi hanno senza dubbio il diritto di valutarle, ma solamente « nel loro rapporto col delitto stesso e come mezzo di perve- « nire a pronunziare la condanna o l'assoluzione dell'imputato. « Che essi eccedono i loro poteri e violano le regole della loro « competenza, quando pronunziano sulla eccezione in forma di « disposizione generale ed in maniera da rendere una decisione « che possa avere autorità fuori del caso speciale ».

B. Il Tribunale prevede il caso che il diritto leso non s'immedesimi nel fatto delittuoso da non essere conveniente che ne giudichi il magistrato penale, allora dice che è in facoltà a suo giudizio ed *arbitrio* di concedere all'imputato di far dichiarare il suo diritto dal quale deriverebbe la esclusione del reato dal giudice civile sospendendo il giudizio penale.

Questa facoltà dice il Tribunale non « diventa obbligatoria, « sicchè nè il magistrato civile adito per la risoluzione di una « quistione già sottoposta ad un magistrato penale, nè l'imputato « stesso potrebbe nei casi d'identità di due cause l'una civile e « l'altra penale usurparsi il diritto di avvalersene o di rifiutarla, « questi adendo il foro civile, e quello accettando di cono- « scerne in pendenza di un giudizio penale. Questo è il dettato « e lo spirito dell'art. 33 proc. pen. ».

Siamo dolenti di fare osservare al tribunale che in questo luogo egli fa tale una confusione da dire prima e disdire poi quello che ha detto innanzi.

È indubitato che chi pretende un diritto deve dimostrare la

qualità per cui la legge glielo attribuisce. Or spesso può avvenire che il giudice che deve giudicare del diritto sia diverso da quello che giudicar deve della qualità per cui quel diritto spetta a chi lo reclama. In tal caso è mestieri differire il giudizio sul diritto, sino a che il giudizio sulla qualità non gli prepari la via.

Applicando questa massima alle due giurisdizioni, civile e penale, la prima delle quali è preposta a guardia della proprietà e la seconda è chiamata ad infliggere la meritata pena ai delinquenti, si può avere che o il reato e la pena dipendano dalla proprietà, o viceversa la proprietà dipenda dal reato. Nel primo caso il reato non si può nè provare nè immaginare se prima non sia risoluta la questione sulla proprietà o sulla qualità da cui il reato dipende.

Nel secondo caso non è possibile attribuire alcun diritto civile a chi lo reclama, se prima non sia accettato il reato da cui quel diritto dipende. Nel primo caso come punite un accusato di violazione di deposito, di bigamia o di usurpazione di terreno o di guasti arrecati alla proprietà del querelante, senza prima ricercare se l'accusato era *depositario* e *marito* e se il querelante era *proprietario* del *terreno* usurpato o dei fondi danneggiati?

E nel secondo caso come attribuite nei giudizii civili un diritto nascente dal reato come quello dei danni ed interessi se non fermata prima la qualità del delinquente?

Al primo caso accenna l'articolo 33 del codice di procedura penale.

Al secondo caso accenna l'articolo 4 dello stesso codice.

L'articolo 33 tratta di eccezioni di diritto civile che se vere escluderebbero il reato appunto perchè il reato dipenderebbe dalla questione sulla proprietà tutta di diritto civile. Esso trova applicazione nel solo caso in cui l'accusato elevi o proponga eccezioni di diritto civile nel giudizio penale; esso non si applica al caso in cui l'accusato stesso eserciti avanti al giudice civile per via di azione un suo diritto che gli viene dalla legge e non dal magistrato.

Allorchè dunque l'accusato in sede penale proponga una eccezione di diritto civile, la quale sussistendo escluderebbe il reato, l'autorità penale potrà sospendere il giudizio penale e rimettere la cognizione del merito della detta eccezione al giudice competente, e potrebbe anche non rinviare al giudice civile, perchè talvolta le eccezioni pregiudiziali civili sono elevate in sede penale nella mira di procrastinare o di eludere la giustizia punitrice. E tuttochè non sia rinviata la quistione civile al giudice competente, non vien mai meno nell'accusato o nel punito il diritto di far decidere la quistione di proprietà dal magistrato civile; perchè, lo ripetiamo, « non è la quistione di « proprietà che dipende dal reato, ma è il reato che dipende da quella ».

Viceversa, nel secondo caso (previsto dall'articolo 4 della procedura penale), non può nè il giudice civile nè il giudice penale condannare il querelato al risarcimento del danno se prima non sia dichiarato reo, perchè è dal reato che nasce il diritto al risarcimento dei danni.

In tutti i toni si è cercato far comprendere al tribunale che alla specie non si poteva applicare l'articolo 33 p. p., non trattandosi di eccezione pregiudiziale civile proposta in sede penale, ma di azione di confinazione di fondi istituita in giudizio civile.

È stato pure osservato che non poteva alla specie applicarsi l'articolo 4, perchè esso riguarda l'azione civile pel risarcimento dei danni dipendenti dal reato la quale spetta al querelante, mentre l'azione istituita in sede civile era stata promossa dall'accusato e non riguardava i danni dipendenti dal reato, sì bene la quistione di proprietà dalla quale è dipendente il reato.

Ciò non ostante il tribunale fece orecchie da mercante, e disse che il giudice civile nei casi di *identità* di due cause; una civile e l'altra penale, non può usurparsi il diritto di avvalersene in pendenza di un giudizio penale. Ognuno sa che se le cause sono identiche non possono essere l'una civile e l'altra penale, ma o tutte due civili, o tutte due penali e si tratterebbe di incompetenza per materia che si può elevare di ufficio. O non sono identiche: ed allora per regola la civile è sottoposta alla competenza del magistrato civile, e la penale alla competenza del magistrato penale. Per eccezione poi, la civile potrebbe dipendere dalla penale (art. 4 p. p.), o la penale dalla civile (art. 33 p. p.). Fuori di questi casi non vi ha nè preminenza nè dipendenza di giurisdizione.

Dunque è erroneo e fallace il principio messo innanzi dal tribunale che pendendo l'azione penale non possa l'accusato istituire un'azione civile per far valere un diritto di proprietà non dipendente dal reato, anzi pregiudiziale al reato.

C. A conferma del principio fallace il tribunale invoca gli articoli 848 e 31 cod. di proc. penale, non che l'articolo 308 cod. di proc. civ.

L'articolo 848 prevede il caso in cui la prova del reato non può essere separata da quella della convenzione e quindi il giudice penale, autorizzato a decidere della questione sulla esistenza del contratto civile, deve applicare le norme ordinarie del diritto civile. Ma nelle specie esaminata dal tribunale non si tratta di reato previsto dell'articolo 848.

L'articolo 31 del codice di procedura civile regola il caso in cui nel corso della causa civile insorge ragionevole argomento della esistenza di un reato ed ordina la sospensione della causa civile nella sola ipotesi che la cognizione del reato influisse sulla decisione della causa civile. Dunque, se non influisce la cognizione del reato sulla causa civile, non ci sarebbe sospen-

sione, giacchè fuori l'eccezione si cadrebbe nella regola della indipendenza delle giurisdizioni.

Or chi non vede nella specie che la questione della proprietà non solo non dipende dalla questione penale, ma per contrario è il reato che dipende dalla questione di proprietà? Se Murena non prova che la zona controversa è di sua proprietà, non esiste reato di usurpazione.

L'articolo 308 del codice di procedura civile è applicaziono dell'articolo 31 del codice di procedura penale. Se un titolo è impugnato di falso nel giudizio civile e sia il caso di procedere penalmente contro gli autori del reato, è naturale cho resti sospeso il giudizio civile finchè non si espleti il giudizio penale. Il titolo arguito di falso influisce sul merito della quistione principale sollevata in sede civile.

Sia pure che il giudizio civile doveva sospendersi durante il giudizio penale o fino a che il magistrato penale non avesse rinviata la causa civile competente, è quella la conclusione che ne ha tirato il tribunale?

La sospensione non vuole dire distruzione. Il giudizio sospeso si sofferma per ripigliare il suo corso all'esito del giudizio penale, ma senza mettere nel nulla il già fatto, specialmente se trattisi di mezzi istruttorii che servono a far la luce necessaria in tutte le giurisdizioni che intendono esplicarsi con cognizione di causa. Dunque la conseguenza è più estesa delle premesse. E quando mai il legislatore annulla la prove raccolte in qualunque procedimento? Anche nella ipotesi di perenzione della procedura restano salvi gli effetti delle sentenze pronunziate e le prove che risultano dagli atti (art. 341 cod. di proc. civile).

Forse per eccesso di zelo il tribunale aveva la intenzione di annullare ciò che si era fatto e di condannare alle spese l'attore!!!

III. Il tribunale non è stato felice neppure nell'invocare le leggi romane per « ribadire la massima che l'azione civile « debba necessariamente e per regola generale aspettare l'esito « dell'azione penale e non viceversa ».

La prima è la legge 54 *de iudic.*, e la seconda è la legge 4 *de ordin. iudiciorum.*

Il tribunale le ha riportate in idioma latino; noi per facilitarne la compresione al *lettore*, le riportiamo nel nostro idioma. Esse suonano così: « Non bisogna farsi pregiudizio ad « una causa maggiore per mezzo di una causa minore, perchè « la quistione maggiore a sè attira la causa minore ».

« Quando in una causa civile principalmente mossa è inci« dentalmente sollevata una quistione di delitto, ovvero alla « quistione di delitto prima istituita va ad unirsi una causa ci« vile, il giudice può nel tempo medesimo colla sua sentenza « decidere l'una e l'altra quistione.

In questa materia non si può invocare (dice un dotto scrittore) che con grande riserva e discrezione i precedenti del

diritto romano; poichè nel procedimento romano, le due giurisdizioni, la civile e la penale, erano confuse nelle stesse mani.

Ma dopo la rivoluzione francese quelle due giurisdizioni furono completamente separate. Come dunque si applica la invocata legge romana, se il giudice civile oggi non può conoscere del reato, nè il giudice penale della proprietà? E se pure il diritto romano dovesse confermare la tesi, non è poi vero che nel testo romano sianvi quelle sole leggi. Eccone altre.

« Imo fit interdum præiudicium maiori causæ per minorem:
« admittimus enim eius juramentum, qui postea iuravit, et sic
« ea admissione videtur is qui prior iuravit periurus dici.

« In arbitrio iudicis est cumulare civilem et criminalem quæ-
« stionem; in quibusdam causis etiam iubetur civilem antepo-
« nere criminali. L. 27 *ad legem Juliam de adulteriis;* L. 8 *ad*
« *legem Fab. de plag.* L. 2 cod. Thæod., *ad legem Comm. de*
« *Falsis.*

Per non trascriverle tutte basta la legge 8 *ad legem Fab. de proleg.*:

« Præses provinciæ discreto prius iure dominii, intelligat, an
« audiendum sit plagii crimen, neene.

« Nam si proprietatis tuæ mancipium esse constiterit exspi-
« rasse criminis intentionem, emersa dominii luce, manifestabit.

« Si vero servum alienum esse constiterit, post disputatam
« proprietatis quæstionem, et criminis causam audiet ».

Questa legge in lingua italiana, se vuole consacrarla il lettore, prova così:

« Il preside della provincia, conosciuto prima chi è il pro-
« prietario, conoscerà se debba ammettere o meno l'accusa del
« plagio. Imperocchè se consterà il servo essere di sua pro-
« prietà, è chiaro che non sarà reo di plagio del servo sen-
« done il proprietario. Se poi consterà il servo essere di altri,
« dopo decisa la lite di proprietà, il preside ammetterà l'accusa
« di plagio ».

Dunque anche per i Romani non sempre si preferiva la causa criminale alla civile. Spesso la civile eccezione arrestava il corso della criminale, quando la eccezione era pregiudiziale, come stabilivano le quattro leggi suindicate.

IV. Il tribunale ha pure fatto strazio dei principii elementari di diritto.

Ci piace a questo proposito trascrivere alla lettera le osservazioni che una illustrazione del nostro foro penale ed un distintissimo professore ha scritto con la sua consueta matematica precisione sulla seconda quistione della sentenza del tribunale di S. Maria. Eccole:

Sulla 2.ª Quistione. — *A farla a bella posta*, nemmeno Papiniano avrebbe saputo concepire *tanta copia* di fallacie per ritorcere le leggi.

I principii regolatori devono esser questi:

1.° Ogni giurisdizione, *di regola*, spiega la propria attività entro i limiti del mandato ricevuto dalla legge, ed in forza di questo mandato (Statuto Costituzionale, art. 68, e Regio decreto sull'Ordinamento giudiziario del 6 dicembre 1865, codici di procedura civile e penale).

2.° Ogni giurisdizione tira innanzi nello adempimento del proprio compito, senza guardarsi intorno per contemplare i movimenti delle altre giurisdizioni.

3.° E così il magistrato civile corre la sua via, senza guardare le mosse del magistrato penale, e viceversa.

L'attività dell'uno non può paralizzare quella dell'altro. L'uno è indipendente dall'altro.

4.° Il magistrato civile (sopratutto) incorre nel reato di « denegata giustizia », qualora, « sotto qualsiasi pretesto » anche di silenzio, oscurità, contraddizione od insufficienza della legge, « avrà ricusato di esercitare un atto del suo ministero, o di « fare giustizia alle persone che lo avranno richiesto.... » (articolo 233 del codice penale).

5.° La regola che ogni giurisdizione seguir debba sua via, senza soffermarsi a vista dell'attività di qualsiasi altra, incontra delle *eccezioni.*

6.° Le *eccezioni* non sono effreni. Esse subiscono un duplice bavaglio giuridico:

1.° Denno essere indicate nominatamente *dalla legge.*

2.° Sendo d'inciampo al corso regolare dell'attività della giustizia, non possono applicarsi *dal caso espresso al caso non espresso.*

7.° Tra le *eccezioni* si notano i « pregiudizi » « (praejudicia, ossia, judicia ante facta, prae judicia) ».

8.° I « pregiudizi » hanno duplice direzione. Per effetto di essi:

I. Talvolta il giudice penale « è costretto (o facoltato) a soprassedere » fino alla emanazione del « praeiudicium » in sede civile. — Esempio l'articolo 32 e 33 del codice di procedura penale;

II. Talvolta il giudice civile « è costretto (o facoltato) a soprassedere » fino alla emanazione del « praeiudicium » in sede penale. — Esempio l'articolo 808 del codice di procedura civile, l'articolo 4 e l'art. 31 del codice di procedura penale.

9.° La prima figura è del tutto estranea colla presente causa. — Cade lo esame sulla seconda.

Nella specie.

10.° Si citano in sostegno della *eccezione pregiudiziale* tre articoli: 31, 4 e 33 del Codice di procedura penale.

11.° L'articolo 31, parte 2.ª, suona:

« La causa civile sarà *sospesa,* se la cognizione del reato influisce sulla decisione della medesima ».

Ora, questo articolo non si attaglia. — In tema di *riconoscimento di confini* la esistenza del reato di *rimozione di termini* non può mai influire sulla decisione del giudice civile. Viceversa la decisione del giudice civile intorno al « riconoscimento dei confini » può esercitare influenza sopra la « qualificazione » della pretesa « rimozione di termini ».

Di talchè, sarebbe logica la *soprassedenza* del giudice penale sull'appoggio dell'art. 33, p. p., ma è ingiustificabile la *sosta* del giudice civile.

E però l'articolo 31 è poco felicemente messo in giuoco.

12.° L'articolo 4 interdice al « danneggiato dal reato » l'esercizio dell'azione civile innanzi al giudice civile in pendenza del giudizio penale. E così, ove il « sig. Murena » domandasse al giudice civile « i danni » derivati dalla pretesa « rimozione di termini », il giudice civile dovrebbe invocare il « praejudicium », e quindi soprassedere ».

Ma nella specie non è il « Murena » che agisce, sibbene il Fiordeliso; e si noti, — che non agisce per essere esonerato dalla responsabilità dei « danni » derivanti dalla voluta « rimozione di termini », sibbene pel « riconoscimento dei confini ».

Invocare questo articolo per sostenere una tesi stranissima, è puramente e semplicemente ridicolo.

13.° L'articolo 33 riguarda la prima figura.

Accenna *a facoltà di sosta* nel giudice penale, ma non tocca l'attività del giudice civile, la quale è governata dalla *regola*.

Il tribunale, con un destreggiare da giocoliere, rovescia la figura, e ne deriva una sconcia conseguenza. — Esso dovrebbe trovare il *precetto*, o la *facoltà di sostare*, fuori dall'art. 33. Frughi quanto vuole: tornerà vana ogni ricerca!

CONCLUSIONE.

In Merlin troviamo la seguente decisione resa dalla Cassazione di Parigi:

« Considerando che Giambattista Sarcone conduttore di un
« bosco di Rosello non negò innanzi al tribunale di prima istanza
« che gli alberi di quel bosco fossero dello Stato: Che poscia
« innanzi alla Corte criminale sostenne non avere su quegli
« alberi alcun diritto lo Stato, ed essere di piena proprietà di
« Rosello che glieli allogò. — Che ai soli tribunali civili appar-
« tiene statuire in siffatta materia.

« Per la qual cosa la Corte criminale differir doveva il giu-
« dizio finchè il giudice competente non *sentenziasse su la pro-*
« *prietà, giusta i titoli e le altre prove legali; talchè ella*
« *pronunziando ad onta della quistione pregiudiziale di pro-*
« *prietà, sorpassò i limiti della sua giurisdizione, commise*
« *grave eccesso di potere, e violò le regole dalla legge rifer-*
« *mate intorno alla competenza. Per siffatte ragioni annulla* ».

D. F.

APPENDICE XVI.

La servitù di acquedotto nella legislazione italiana

SOMMARIO.

1. Obbietto del presente studio. Accenno di differenze fra la nostra legislazione, e ciò che scrive il Laurent della servitù di acquedotto.
2. Tela delle disposizioni in rapporto ai subbietti, agli obbietti, ai fatti ed ai fini, cui quella servitù si riferisce.
3. Alte considerazioni economiche e sociali, che costituiscono il fondo dell'istituto.
4. Suo doppio aspetto. Parte di esso, ch'è regolata dal codice civile, e parte, ch'è regolata da leggi di ordine pubblico.
5. Il modo di normalizzare i diritti concorrenti del privato e della società, e i riguardi della proprietà, dell'agricoltura, dell'industria e delle necessità della vita.
6. Fondamento razionale e giuridico della servitù di acquedotto. Stregua da seguire per evitare ogni invadimento. Enumerazione dei testi che se ne occupano.
7. Punti principali di tal servitù. Referenza ad altri lavori.
8. Cenni storici. Il Giure Romano. Legislazione intermedia. Codice Napoleone ed Albertino.
9. Necessità dell'aiuto continuo di discipline idrauliche nell'interpretare questa parte della legislazione, su cui esse hanno avuta tanta influenza.
10. Differenza fra il semplice diritto ad attuare l'acquedotto, e l'acquedotto effettualmente attuato. Quest'ultimo è servitù prediale, continua, apparente. Natura ed estensione dei reciproci diritti e doveri, che ne vengono.
11. L'acquedotto anche considerato indipendentemente dal terreno su cui sta, è immobile; mobile è l'acqua, a misura ch'è presa comunque, o portata altrove. Locuzione dell'art. 726 C. C.
12. Conseguenze, che derivano dall'essere immobile l'acquedotto, sia circa al modo di provarlo, sia per l'obbligo di renderne pubbliche le convenzioni relative, sia sulla idoneità di esse a potersi assoggettare ad iscrizione ipotecaria, e formare obbietto anche di azione possessoria.
13. Come, e perchè può dirsi che avvenga il furto d'acqua. Rinvio.
14. Criterii per discernere se, parlando di acquedotto, si tratta di una vera e propria servitù prediale, ovvero di una locazione o vendita di acqua.
15. Malgrado che all'acquedotto, quando trattasi di servitù, si applichino tutte le norme comuni alle servitù prediali, pure esso, in molti punti, ha norme peculiari, sia circa la durata, sia per l'uso, sia per altri fini.
16. Subbietti, che possono esercitare la servitù attiva d'acquedotto, fondi su cui si può chiedere; scopi pei quali può essere determinata. Concordanza del codice civile colla legge sulle opere pubbliche, su tale obbietto.

17. Facoltà occorrenti per concedere l'acquedotto.
18. Condizioni per chiederlo. Disponibilità e sufficienza dell'acqua. Maggior convenienza a chi la chiede e minor pregiudizio a chi la dà. Pagamento d'indennità. Sviluppi.
19. Modi speciali d'ottenere validamente l'acquedotto sul fondo enfiteutico, e sul fondo soggetto ad ipoteca.
20. Norme del pagamento del prezzo e delle indennità, per l'acquedotto perpetuo e pel temporaneo. Natura dei danni risarcibili.
21. Tempo in cui si debbono determinare le condizioni dell'acquedotto. Non si può affidare ad un perito l'incarico di determinarle; nè si può autorizzare l'inizio dei lavori, in via provvisoria e con cauzione.
22. Condizioni per riprodurre modifiche all'acquedotto già esistente.
23. Condizioni per l'acquedotto convenzionale. Natura delle prove occorrevoli. Equipollenti. Tolleranza del fondo serviente.
24. Prescrizione trentennale, o decennale, come modo e causa di acquisto dell'acquedotto.
25. Destinazione del padre di famiglia.
26. Rinvio ad altre disposizioni circa l'acquisto dell'acquedotto.
27. Continua. E circa la perdita di esso.
28. Sviluppi. Può chiedere la servitù di acquedotto il comunista, che vuol trasportare nel suo fondo l'acqua scaturita dalla fontana comunale, onde servirsene in un fattoio di olio? *Quid*, se l'acquedotto serve a scaricare da questo fattoio le acquacce prodotte dallo stesso?
29. Continua. Può domandare l'acquedotto coatto per un sito colui, che prima l'avea ottenuto per convenzione, e in sito diverso?
30. Continua. Sviluppi di tali quistioni. Al comunista basta il semplice uso o godimento dell'acqua della fontana, per chiederne il passaggio pel fondo altrui.
31. Può fare altrettanto chi acquista diritto alle acque piovane, che scorrono per luoghi pubblici. Che cosa è acqua piovana. Norme diverse sull'uso di essa, secondo che scorre sul fondo pubblico o privato.
32. Continua. Principii su questa delicata materia.
33. Continua. Rinvio ad altro lavoro.
34. Malagevolezze, che s'incontrano nel precisare le azioni giudiziali, relative all'acquedotto.
35. Continua. Di una specie analoga, in cui equivoci somiglianti si sono verificati fra due rivieraschi, che regolarono il sito e il modo degli argini da costruire, a reciproca difesa dei fondi.
36. Continua. Può aver luogo quistione di confini per quei fondi? Di che natura è l'azione, che occorre per richiamare all'osservanza della convenzione all'uopo interceduta?
37. Di altre difficoltà, sia per l'esecutorietà della sentenza, o dell'incarico dato ai periti, intorno alle condizioni dell'acquedotto.
38. Altre difficoltà, per determinare la competenza del magistrato, che deve conoscere dell'azione per costituzione di acquedotto.
39. O per fissare la natura e misura dei diritti e doveri reciproci dei fondi dominante e servente.
40. O per svolgere le azioni possessorie, intorno all'acquedotto. Natura dei fatti di molestia e turbativa.
41. Di taluni punti rifermati in giurisprudenza su questa materia.
42. Triplice ordine di provvedimenti, a garentia dei diritti sulle acque di ogni specie, cioè 1) d'ordine penale, 2) d'ordine civile (petitoriale o possessoriale), 3) e d'ordine amministrativo.
43. Passaggio alla trattazione di questi ultimi, che riguardano un *jus sin-*

1. La servitù d'acquedotto del codice civile italiano, a ragione è considerata come il migliore lavoro, che sulla materia abbiano i codici moderni del mondo.

I sette articoli, dal 598 a 604, in cui è contenuta tal materia, appunto perchè lodati anche dagli stranieri, e trovati ottimi nella pratica del giudicare, meritano d'essere studiati incessantemente: e l'Italia possiede già eccellenti studi di egregi giureconsulti antichi e moderni, su tale interessante argomento. Sono studi che han dato luogo a molti volumi, e che mal si tenterebbe ridurre nello spazio angusto d'un'appendice, come quella che io imprendo a scrivere per incarico del traduttore di Laurent. Sarebbe assolutamente impossibile comprendere nelle proporzioni d'un sommario un tema che, malgrado formulato in pochi articoli, è sempre una tela vastissima di principii e discipline diverse, cui si rannodano altre disposizioni di altre parti della nostra legislazione. Epperò, assumendo volontieri l'incarico di far non altro che un accenno fugace di cotesti principii e disposizioni, ci arresteremo al modesto e semplice ufficio di collocare accanto al commentario dell'illustre professore di Gand un'esposizione che valga a rilevare le principali differenze fra quelli e la nostra legislazione, seguendo la partizione naturale che hanno le materie trattate, val dire:

a) le disposizioni del codice e della procedura civile;

b) quelle del codice penale;

c) e quelle infine del giure amministrativo.

2. Tale partizione, come si vede, abbraccia tutto il disegno vastissimo e complicato di quanto può servire a regolare i diritti e doveri delle persone e delle cose, intorno al regime della servitù d'acquedotto: 1.° sia per ottenerla; 2.° sia per conservarla; 3.° sia per reintegrarla, nell'interesse individuale o sociale, su istanza del privato o della pubblica amministrazione, innanzi a magistrato giudiziario od amministrativo, e con procedimento amministrativo o giudiziario, in via penale o in via civile, e quest'ultima in sede petitoriale o possessoriale.

La tela, come si vede dalla semplice enunciazione degli obbietti, è assai estesa e complicata di rapporti. Non può farsene che un abbozzo informe, per quanto basti unicamente a porre accanto al testo del Laurent le disposizioni, che, presso di noi, occorre di riscontrare: ogni altra ricerca porterebbe la necessità di un lavoro di altra indole, e di altra mole, ma che non volle tentare chi assume il compito di fare una semplice appendice.

3. Lasciamo di rilevare quanto favore meriti il capitale dell'acqua, questo tanto potente elemento della fertilità del suolo, la parte che l'industria agricola e manifatturiera rappresenti nella scienza del benessere sociale, le considerazioni che filosoficamente ed economicamente consigliano a regolare i rapporti delle varie persone intorno all'uso delle acque, e impongono delle restrizioni all'assoluto diritto di proprietà, concedono delle abilitazioni, e minacciano delle misure di natura varia: di tali ricordi non ci è difetto: entriamo invece diflati alla nuda ed arida rassegna cui ci siamo imposto, delle singole legislative disposizioni.

4. È stato notato da altri che l'acqua va considerata o, primo, in quanto *serve* ai vari usi della vita, all'agricoltura ed alle industrie, o, secondo, in quanto *può nuocere* ai privati o all'università, epperò bisogna impedirle che arrechi danno. Sotto il primo aspetto, essa va trattata dal codice civile, come obbietto di diritto privato, nel titolo delle servitù prediali. Sotto il secondo aspetto è regolata dalla legge sui lavori pubblici.

5. La necessità di riconoscere il diritto di passaggio coattivo o forzato sul fondo altrui, per la condotta delle acque — diritto vero ed essenziale che ha la società di far prevalere i suoi sui vantaggi individuali — è considerata come *servitù* prediale stabilita dalla legge, ed è una specie di *scambio forzato,* nel senso che include spropriazione e pagamento d'indennità. Il capriccio di chi vorrebbe disporre senza pro dell'acqua altrui o dei predii pei quali si vorrebbe farla passare; il capriccio, la mala volontà e la cupidigia dei proprietari di codesti predii; il rispetto della privata proprietà di ciascuno e di tutti, e le considerazioni che consigliano ad impedire la gran perdita che deriverebbe dal non utilizzare al più possibile un elemento sì prezioso di prosperità

qual'è l'acqua; l'autonomia del diritto di proprietà coordinato coi rapporti sociali e colle comuni e collettive esigenze per armonicamente regolare le soverchie ed assolute esigenze della vita comune o convivenza col diritto individuale: ecco i vari obbietti che il legislatore ha dovuto praticamente regolare, assegnando una norma secura alla vera libertà dei diritti e poteri individui, di fronte al bene comune, intorno all'uso delle acque.

6. Il fondamento giuridico della servitù d'acquedotto è dovunque trovisi destinazione di acque ad « *uso agrario* o *industriale* o *alle necessità della vita,* come dice esplicitamente il nostro art. 598 (1).

Tutti gli altri articoli successivi risultano disposti a far l'accordo armonico del privato e individuale interesse (causa *diretta* e *immediata*) col pubblico e collettivo interesse (causa *mediata* e *indiretta*), e ad evitare qualunque invadimento anche fra privati e privati. All'uopo, si richiede un interesse *vero* e *certo* in chi domanda la servitù d'acquedotto, non già un *uso immaginario,* il che avverrebbe quando si tratta d'un *volume d'acqua insufficiente all'uso cui è destinata* (art. 602); la misura del diritto è, come si è cennato, di servirsene per le necessità della vita, o per gli usi agrarii o industriali, e « *permanentemente* od anche solo *temporaneamente* » — art. 598, 602 — si deve poter disporre dell'acqua durante il tempo per cui si chiede il passaggio — articolo 602 — non occorrendo che si fosse proprietario nè del fondo ove vuolsi condurla, nè dell'acqua stessa che vuolsi adoperare, potendo bene chiudere il passaggio anche il fittaiuolo del fondo e chi si fitta l'acqua: — obbietto della servitù può esser « l'acqua di ogni specie » — art. 593 — cioè naturale o non, viva o morta, stagnante o fluente, cada dal cielo o scorra per terra, di pertinenza privata e pubblica o demaniale — art. 613, 614, 615 — e si possa portare comunque nel punto ove vuolsi cominciare l'acquedotto, cioè o camminando sul terreno, ovvero anche con acquedotti mobili, o con macchine: purchè il passaggio dell'acqua sia il più conveniente a chi lo chiede e il meno pregiudizievole al predio serviente, sotto tutti i rispetti possibili — articolo 602, 613, 614 —; il passaggio, tranne i punti espressamente esclusi dalla legge, si può ottenere per qualunque sito tranne pochi espressamente esentati dal legislatore art. 598, 599, 600, 601 — e all'uopo son dettate norme per le contingenze varie di passaggio per strade fiumi, rivi, acquedotti

(1) Serve per bere, per bagni e lavatoi privati o pubblici, per abbeveratoi, per migliorare la coltura dei fondi, per la lavatura di stoffe, macerazione di canape, per coltivazioni di orti e giardini, per fornire uno stabilimento idroterapico, ospedale o altro stabilimento; può sempre chiedersi la servitù. Parrebbe non potersi dire lo stesso dell'acqua che occorresse per animare dei getti salienti o altri usi di puro abbellimento: in ciò tutto si deve abbandonare al prudente apprezzamento del magistrato.

preesistenti e via via: prima d'imprendere la costruzione dell'acquedotto, deve pagarsi l'indennità dovuta al proprietario del terreno da occuparsi, secondo le norme fissate dal legislatore — art. 603, 604 — e chi ha diritto a derivare acque da fiumi, torrenti, ecc. ha facoltà di fare talune opere — art. 613, 614.

Con tali norme va regolata così la servitù con cui si costringe il proprietario dell'acqua a cedere altrui la soverchia — articolo 545 — come quella di far passare l'acqua pel fondo altrui, onde recarla altrove (*beneficio positivo*) nei servigii direttamente utili, — art. 598 — o di scaricarla dal proprio fondo nell'altrui — art. 606 (*beneficio negativo*), mercè lo scarico di acque *soprabbondanti* non già di quelle che naturalmente defluiscono, — obbietto dell'art. 536 — ma di quelle di ogni altra natura; o per prosciugare il fondo proprio — art. 609 fino a 612 — e infine la facoltà del proprietario del fondo ov'è la sorgente in relazione al proprietario dei fondi inferiori, e agli abitanti d'un Comune o d'una frazione di Comune — art. 540, 541, 542 — la facoltà del fondo costeggiante un'acqua, o che da questa è attraversato — art. 543 — e le quistioni fra' i diversi cointeressati all'acqua art. 544, 545.

7. Presso a poco, queste sono le disposizioni del codice civile, che regolano i diritti e i doveri delle varie persone, e delle proprietà in ordine alla servitù di acquedotto, considerato sotto i varî aspetti suoi.

È agevole vedere che i punti principali della servitù d'acquedotto sono tre, 1) la *presa* d'acqua e riguarda l'acqua data da un fondo all'altro — art. 613, 615) — 2) l'*acquedotto* (e concerne i luoghi pei quali l'acqua è condotta — 398 a 408) — 3) lo *scarico* (ossia il luogo dove l'acqua si scarica — art. 609 a 611).

Il Romagnosi nota — ed era pure dal Pecchio, e dai commentatori del diritto romano osservato — che fra le parole *acqua* ed *acquedotto* vi è tale rapporto intimo, che non si nomina l'una senza ricordare l'altra: acqua nuda non è acquedotto, e un canale senz'acqua è un mero scavo fatto in terra.

S'intende agevolmente che in quest'appendice non possono farsi tutti gli svolgimenti possibili, essa presuppone un altro lavoro intorno alle acque in genere, ch'è obbietto di altra appendice, cui occorre riportarsi per le cose in essa svolte. Del pari si vede chiaro che poche materie come questa delle acque, nel codice civile presuppongono nozioni di discipline estranee. Senza tener dietro ai progressi dell'idraulica, non si eviteranno le difficoltà che son frequenti allorquando si tratta di regolarizzare i diritti concorrenti sull'acquedotto.

8. Non ci allungheremo nel far qualche cenno storico sulla materia. Ci limiteremo a dire: che il Diritto Romano, per quanto abbia a lungo trattato delle acque in genere in tanti frammenti diversi, ed anche dell'acquedotto, per altrettanto poi non si occupò dell'*acquedotto coatto* propriamente e della *teoria della misura delle acque correnti*, come se n'è occupato il codice ita-

liano. Il bisogno di curar l'agricoltura, derivare e scolare acque, ed escogitare modi di misurare le acque correnti in relazione ai modi di presa, non poteva ottenersi quando l'acqua non si apprendeva come necessità pubblica, e quando la scienza idraulica era bambina. Era riserbato ad altri tempi far tutto codesto.

É difficile stabilire l'epoca in cui l'*acquedotto coatto* siasi innestato al diritto comune, comunque lo si faccia risalire al XII secolo, quando i Comuni dell'Alta Italia attinsero dall'industria e dall'agricoltura tanta parte del benessere cui arrivarono. Negli statuti antichi di Novara, Milano, Piemonte, ecc., si trovano disposizioni preziose. La Lombardia e il Piemonte dettero i maggiori sviluppi alla legislazione sulle acque. Il codice civile Albertino profittò della sapienza e dell'esperienza dei grandi scrittori e dei magistrati sulla materia per perfezionare tal ramo, servito indi di tipo alla legge 29 aprile 1845, che, in Francia, estese il beneficio di tali disposizioni ignote al codice Napoleone.

9. Non ricorderò il tecnicismo adoperato dalla scienza idraulica, e i metodi che questa ha trovato migliori per la *estrazione*, la *condotta*, lo *scarico*, e la *misura* dell'acqua. Non son cose che possono essere assommate in un'appendice, senza esporsi al rischio di riuscire oscure. Come ho detto, vi son poche cose le quali, come questa, possono prescindere dalle nozioni idrauliche. Nè io so concepire come il magistrato sappia uscire dalle ambagi delle questioni pertinenti a tali materie, senza affidarsi o agli scrittori, o a coloro che professano tali speciali discipline, senza cui l'accordo dei diritti opposti non è possibile, comunque molte cose fissate da codeste discipline perchè preferite dal codice, potrebbero credersi non occorrevoli all'esatta applicazione di esso. L'idraulica coadiuvò la legislazione, e la mise in grado di raggiungere lo stato in cui la troviamo; la giurisprudenza pratica non può dunque farne senza, per interpretare a modo i nuovi istituti giuridici trovati a provvedere ai maggiori e nuovi bisogni dalla idraulica significati e regolati.

10. L'acquedotto, come servizio *fondiario* — nascente dal bisogno di attraversare i fondi altrui per condurre l'acqua nel fondo nostro — induce diritti e doveri reciproci fra chi conduce l'acqua e chi permette che questa passi pel fondo suo: epperò assume la figura giuridica di *servitù*, e servitù *reale*, accennante a peso d'un fondo a vantaggio di altro fondo, senza riguardo a persona, e che passa a coloro cui passano i fondi. Può, è vero, guardarsi il vantaggio di una persona, ma allora è *personale* nel senso che finisce col subbietto cui si concede. Servitù non v'è se non quando il peso del fondo è già costituito effettualmente, e si è formato l'acquedotto, il quale, per la natura dell'opera, è *permanente*, e per la natura del fatto è *continuo*. Fino a che non si è concretato, si avrà un semplice diritto personale già acquisito, per attuare l'acquedotto, ma nulla più.

L'estensione di tale servitù abbraccia il diritto a condurre l'acqua sul fondo altrui, tenervi aperto il canale, fino a che ci abbisogni, farvi le opere opportune, e godere di tutti gli accessorii occorrenti all'esercizio della servitù.

11. A differenza del codice francese, il nostro art. 403 definisce la natura giuridica dell'acqua e dell'acquedotto, di fronte alla classificazione generale dei beni; e considerando come *beni, enti per sè stanti* indipendentemente dal terreno, le sorgenti, i corsi d'acqua, e gli acquedotti, li dice *immobili,* ponendo da canto il ricordo della L. 11, pr. D. *quod vi aut clam,* concepito così « *portio enim agri videtur aqua viva* ». Seguì invece l'opinione di Pecchio così formulata: « *acqua in sua magnitudine considerata est immobilis, mobilis vero si per uncias consideretur* » (*De aqued.*, n. 13); perchè, ritenuta la *separabilità ideale* dell'acqua dal terreno, la disse *mobile,* quando, presa in un recipiente cessa dal fluire nel corso come prima ed è portata altrove (1). *Immobile* però rimane sempre l'acquedotto. E qui si noti la dizione generale usata dal nostro art. 412, che, oltre d'aver sostituito « canale » ad acquedotto, per evitare ogni dubbiezza; usa altre parole « *sorgenti, serbatoi, corsi d'acqua* e *canali* ».

12. Perchè immobili, tali beni portano che ogni diritto che derivi dalla sua concessione, cioè la *presa,* la *concessione,* ecc., è immobiliare: fanno perciò obbietto di servitù prediale, di azione possessoria quando concorrono tutti gli altri requisiti di continuità e permanenza, non se ne può fare una valida concessione se non per iscritto: si considera che le ragioni d'acqua siano annesse alle possessioni e trasmesse da un proprietario ad altro, e i tubi e materiali in muratura del canale esistenti in un fondo, spettano al padrone del fondo pel cui uso l'acqua era derivata ed immessa nel canale: i corsi d'acqua possono esser sottoposti ad ipoteca separatamente dai fondi cui servono (2) e venduti all'asta pubblica.

13. Perchè immobile, l'acqua non dovrebbe poter divenire materia suscettibile di furto. Ma si ritiene l'opposto, dopo che il Giovannetti e Romagnosi provarono doversi ritenere obbietto di furto l'acqua sottratta, fatta perdere e consumare in modo qualunque, come qualsiasi altra cosa mobile, essendo che il furto si compie colla sottrazione dal legittimo possesso altrui senza il consenso del possessore, d'una cosa che si può far perdere e consumare. La L. 25, § 1, lib. 41 D. *de fur.* disponeva altretanto. Altri reati vanno pure puniti per tali ragioni, intorno

(1) Cassazione Torino, 20 dicembre 1869, 22 gennaio 1851, 1.° febbraio 1851 20 luglio 1877; Cass. Napoli, 16 settembre 1874.

(2) ROMAGNOSI, cap. III, lib. I, n. 52. Cass. Torino, 20 luglio 1877. Opportuna è la distinzione che all'uopo fa il GIANZANA fra i servigi inseparabili del fondo dominante (pei quali non è possibile la vendita) e i servigi separabili da quelli.

all'acqua, or come mobile, or come immobile considerata, e ne parleremo or ora.

14. L'acqua, la sua presa o derivazione, la sua condottura, il suo scarico, la sua misura possono essere considerate sotto doppio aspetto: o si compra e si loca un fondo dove sorge l'acqua, o dove questa si conduce o si scarica, ed allora avremo un proprietario assoluto del fondo e dell'acqua, e i suoi rapporti son regolati dall'art. 436 cod. civ., e non si potrà più applicare quel che è detto dal legislatore sotto il titolo delle servitù, intorno alla ragione delle acque: o, invece, si tratta di concessione di una *presa,* d'un *passaggio* o *acquedotto,* o d'una *scarica* d'acqua e allora non avviene una locazione, perchè il concessionario sfrutta e distrugge l'acqua; nè una vendita perchè, mentre il concessionario seguita a tirare, a far passare e scaricar l'acqua, il concedente continua ad esser padrone della sorgente o corso d'acqua, e del fondo. In altri termini, si tratta d'una vera e propria servitù prediale, con diritti e doveri reciproci fra' due subbietti e le due cose, in questo secondo caso.

Pero è necessità notare: che, se tutte le norme delle prediali servitù si applicano alle acque, — ossia il vantaggio d'un fondo, e il peso su d'un altro — molte specialità si seguono, in vista della specifica natura dell'acqua.

15. Invero, mentre per ogni servitù prediale si vuole il carattere della *perpetuità*, per le acque si permettono le concessioni temporanee (art. 598 e 604): ogni altra servitù sta nel *pati*, e non *fare,* ma per l'acqua si dispone diversamente (articolo 694); l'acqua ha norme proprie per l'ipoteca, come pel furto, e per talune norme di comunione, come la *permuta degli orari,* la *reformabilità* o meno delle bocche, ecc. Insomma occorre tener presenti sempre i principii peculiari alle acque, quando inapplicabili risultano quelli che han comuni con altre materie.

16. Come il privato, così lo Stato, l'università ed ogni altra persona morale può esercitare il diritto d'acquedotto, sia se serva per conto proprio, sia se vogliasi rivenderla; e così contro il fondo dei privati, come su quello di ogni persona morale, può chiedersi l'acquedotto. Un luogo sacro, una chiesa, un edificio monumentale sarebbero esenti per le stesse ragioni che consigliano all'articolo 598 ad eccettuarne taluni siti. Ad avviso del Gianzana, gli articoli 165, 170 della legge sulle opere pubbliche escludono anche dalla servitù d'acquedotto i canali pubblici e demaniali: pei torrenti, fiumi e colatori pubblici — art. 169, 170 di essa legge — devesi sempre ottenere il previo consenso dell'autorità amministrativa: pel sottopassaggio ad una via pubblica o ad un strada ferrata, l'art. 601 del cod. civ. ci rimette all'articolo 231 della legge sulle opere pubbliche, come, per le strade nazionali, provinciali e comunali, bisogna riportarsi all'art. 32 della legge ridetta, e l'art. 84 regola il modo di ottenere l'acquedotto contro gli utenti di strade vicinali.

17. É contro il solo proprietario del fondo serviente che deve chiedersi l'acquedotto: qualunque possessore o detentore precario, e il fittavolo come il tutore e l'amministratore di cosa altrui, non potrebbero validamente esser convenuti in giudizio a tale obbietto.

18. Le condizioni per chiedere l'acquedotto sono: 1. La *disponibilità dell'acqua*. Perciò, se l'acqua non fosse trovata; se non ancora si avesse acquistato diritto all'acqua altrui; se non si possa disporne che per un termine solo, o sotto certe condizioni; mancherebbe la prima condizione. 2. La *sufficienza dell'acqua all'uso cui è destinata*. *Sufficiente* per quantità e qualità: quindi mancherebbe tale seconda condizione se volesse farsi servire come potabile un'acqua notoriamente nociva, o come forza motrice un filo d'acqua senza salto o possibilità d'utile d'impiego. Non si sottilizzi però, sino a vedere se fossero troppo fredde o troppe calde, magre, limacciose o grame le acque destinate alla irrigazione; ed anche sino a indagare se giovino a chi vuole usarne, o se gli abbisognino; o se gli rechino alcun utile, o se possa o non averne altra per recarla per altro fondo, o se ne abbia altra di cui si serve per altro fondo. 3. *Maggior convenienza a chi chiede l'acquedotto e minor pregiudizio a chi deve darlo.* Il pregiudizio dell'uno non occorre che sia minore del vantaggio che può cavarne l'altro. Occorre sempre che si provi, che si è già ottenuto il transito sui fondi superiori, per poter chiedere il passaggio all'inferiore. 4. *Pagamento della indennità dovuta al proprietario del fondo serviente.* L'art. 603 dà delle norme facili. Dal prezzo non dovranno detrarsi le *imposte ed altri carichi al fondo,* e vi si aggiunge il *quinto,* perchè il sedime del cavo rimane proprietà del padrone del fondo occupato, il quale nel pagare la fondiaria per un terreno che non gode ha il compenso del quinto di più del valore.

19. Circa l'acquedotto sul fondo enfiteutico, va notato, che il valore del terreno occupato si calcola senza detrarre il peso del canone (art. 603): il diritto a domandarlo dovrà però esperirsi contro l'enfiteuta, con l'intervento del direttario. Se il fondo su cui vuolsi costruire l'acquedotto è soggetto ad ipoteca, il Gianzana avvisa che il terzo che chiede il transito discuterà col proprietario del fondo sul *quid* e *quantum,* e poi si farà autorizzare dal tribunale a depositare il prezzo nella Cassa dei depositi e prestiti; trascrivendo il suo titolo, lo notificherà ai creditori iscritti (n. 69).

20. Quando la servitù è perpetua, oltre al valore che il fondo ha in comune commercio si deve pur pagare il quinto di più, e il risarcimento dei *danni immediati,* ossia il valore di cui si deprezzi il fondo pel suo riparto in più porzioni, il guasto ai ricolti ed alberi, insomma i danni d'ogni maniera, ma *certi, presenti, immobili* (Borsari, § 1227), salvo a pagare in seguito quelli altri che si verificheranno, ed a misura che si verificano (Trajna, *Servitù legali delle acque,* p. 272, Gianzana, n. 71): pei terreni

laterali al cavo dell'acquedotto occupati soltanto per la riposta delle materie estratte, si paga la metà del valore dovuto per la sede del cavo. Se poi la servitù è temporanea, e non oltrepassa il novennio, è dovuta la metà del valore della servitù perpetua; salvo ad abbandonare le somme pagate a tal titolo sul valore che sarà dovuto quando la servitù, da quello stesso che l'avea ottenuta *temporanea,* si vuol rendere *perpetua.*

Il pagamento (volontario o forzato) deve sempre precedere qualunque menomo inizio di lavori per l'acquedotto.

Chi vuol aprire l'acquedotto non può pretendere che gli si alieni in proprietà il terreno in cui vuol farsi.

21. Anche prima di iniziare i lavori, si debbono determinare le condizioni con cui si debbono eseguire. Tale determinazione, se non può avvenire di accordo delle parti, si fa dal magistrato, il quale non può autorizzare i lavori in *via provvisoria* e su *cauzione,* salvo a pronunziare la sua definitiva sentenza dopo giustificate tutte le condizioni ridette; e nemmeno destinare, con potere assoluto, un perito con incarico di prescrivere a suo arbitrio quelle condizioni, dovendo il perito non pronunziare un giudizio, ma somministrare chiarimenti al giudice. Tutto ciò deve avvenire sempre, *in qualsiasi modo* il transito venisse praticato, cioè *sopra* e *sotto* un canale (Cass. Torino, 5 giugno 1878, Del Grosso e Cons. di Tonango). Va da sè che il passaggio attraverso i canali avvenga sul luogo riconosciuto più adatto e conveniente, e non sia impedito o accelerato il corso delle acque nei cavi attraversati, articolo 600.

22. Quando si volessero introdurre nuove acque e in maggior quantità nell'acquedotto già ottenuto, o mutarne la forma dei sopra o sotto-passaggi, solo quegli che possiede il canale, e non un utente qualunque può domandarlo; e nessun lavoro può essere iniziato, senza che tutte fossero determinate le condizioni occorrevoli, e fosse eseguito il pagamento di quanto è dovuto.

L'allargamento può chiedersi, pure, se venga danno al fondo serviente, e così agli acquedotti coatti, come a quelli ottenuti in dipendenza di convenzione.

È stabilito in giurisprudenza che il diniego ingiusto supposto dal proprietario del fondo serviente, dà luogo ad indennizzo dei danni patiti da colui che chiede l'acquedotto, o il suo allargamento (C. app. Torino 13 dicembre 1873, e C. app. Casale, 30 dicembre 1876).

23. Finora abbiamo parlato dell'acquedoto legale disposto dal giudice. Può bene esso ottenersi convenzionalmente, d'accordo fra le parti. Allora occorre sempre che la prova sia scritta — atto privato o pubblico — articoli 1314 e 1932, 2.° codice civile — anche se fosse donazione o testamento: e potrebbe bastare per ricognizione la dichiarazione della servitù che il proprietario del fondo serviente facesse in atto di vendita di questo fondo (Cass. Torino 22 luglio 1874, Scandello e Stampa)

Il proprietario del fondo serviente che, consapevole dell'acquedotto scavatovi, lo tollerasse, sarebbe tenuto a indennizzare dei danni chi l'ha fatto, quando volesse farlo sopprimere; salvo sempre a quest'ultimo d'impedire la distruzione, col chiedere la servitù coatta. Molteplici questioni possono sorgere nelle servitù convenzionali sia per la livellazione dell'acquedotto, la quantità dell'acqua da condurre, sia per le dimensioni del cavo, le riparazioni, la terra che all'uopo occorresse, e via via. Giova all'uopo usare gran diligenza nel prevedere tutte tali contingenze sulla stipula dell'atto di concessione.

24. Anche con la prescrizione trentennale si può acquistare la servitù d'acquedotto, che continua ed apparente, da chi, o ha semplicemente *usato* dell'acquedotto, che non costrusse, o semplicemente ha *costrutto* senza usarne, e di cui va ad usare dopo trent'anni ch'è esistito. Non occorre dire che il possesso dev'essere rivestito di tutti i caratteri legali richiesti per la prescrizione. Quando poi vi fosse un titolo d'acquisto, valido nella forma, debitamente trascritto, e l'acquisto fosse di buona fede, per l'art. 2137 codice civile, basterebbe il possesso di dieci anni per prescrivere l'acquedotto, malgrado la dizione usata nell'art. 630 cod. civ.

25. E la destinazione del padre di famiglia è pur altro modo d'acquisto dell'acquedotto. L'art. 632 codice civile fissa le condizioni di codesta destinazione, che non è a confondere, per molti fini, colla trasmissione del diritto di acquedotto coi fondi venduti.

26. Qui dovrebbero pigliar posto taluni accenni che io risparmio, perchè sono obbietto dell'esercizio di tutte le servitù prediali in genere, e che la servitù d'acquedotto ha comune con esse. Trovo però ad avvertire che il lettore deve riportarsi alle altre disposizioni sulle servitù prediali per completare lo studio di quella d'acquedotto. Invero (quanto agli obblighi del fondo dominante), circa alla distanza da serbare fra l'acquedotto che si deve aprire e il canale preesistente sul fondo serviente, o il fondo altrui, o le strade, e le acque pubbliche, si debbono osservare gli articoli 575, 578 del codice civile e 68 della legge sulle opere pubbliche: — debbon'essere osservati gli articoli 537, 538, 539 del codice civile quando occorre determinare gli obblighi relativi alla refezione, manutenzione ed espurgo dell'acquedotto; o gli articoli 640, 641 del codice stesso, circa il tempo di fare le opere necessarie, e i subbietti a spese di cui debbono esser fatte; l'art. 608, per ciò che riguarda i ponti ed altri accessi sufficienti da fare sull'acquedotto, per un comodo e sicuro transito, le botti sotterranee, i ponti-canali ed altre opere simili per far continuare la irrigazione e lo scolo; e l'art. 607 per determinare il modo di ridurre in pristino il cavo allargatosi, di ampliar la sezione, mutar la forma degli edifici, e porre i capisaldi. Altrettanto dicasi degli obblighi del fondo serviente: si ricorre agli articoli 639, 645, 646 a 650 del cod. civ., pei casi

in cui le stipulazioni non abbiano nulla rinnovato agli obblighi fissati dalla legge, e che si riferiscono al fatto di occupare il suolo ove fare l'acquedotto, o d'ottenerne una maggiore estensione, quando risultasse insufficiente quello assegnato nella concessione; al lasciar passare lungo le sponde del canale per vigilarne la condotta delle acque, al non far nulla che diminuisca l'uso della servitù o renderlo più incomodo, ecc.

27. Gli articoli 662, 663 e seguenti del cod. civ., circa il modo onde s'estinguono le servitù prediali sono pur comuni alla servitù di acquedotto. Epperò quanto in questi altri testi è detto, sia circa il *non-uso*, sia circa i fatti contrarii all'uso dell'acquedotto, al tempo da cui comincia la prescrizione, all'abbandono dell'acquedotto ed al materiale ristabilimento e ripristinamento di esso, al modo onde la servitù si esercita, e può essere aggravato o attenuato, o comecchessia alterato, o al numero delle persono che han continuato a goderne o a non usarne.

28. Anzichè trattare qui di tutte tali cose con le quali sono trattate altrove, mi occupo invece di qualche questione cui han dato o possono dar luogo i principii che ho svolto fugacemente finora.

L'acquedotto coatto compete a colui che, come membro d'un comune, vuol trasportare nel suo fondo le acque che scaturiscono da una fontana comunale? Io ho esaminato in altra occasione questa quistione: ne riparlo qui perchè mi sembrano degne d'essere rilevate le considerazioni cui dette luogo la specie controvertita.

Il tribunale di Catanzaro negò il diritto a chiedere il passaggio dell'acqua, perchè il prendere a mano l'acqua di una fontana pubblica, per gli usi di una macchina olearia, non costituisce il diritto necessario, o titolo a domandare la servitù coattiva di acquedotto; per l'articolo 598 del cod. civ. si guarda il libero corso delle acque defluenti e di origine naturale, non già quelle artificialmente prese: nemmeno può chiedersi la servitù di scaricare le acquacce morchiose del fattoio, dopo che sono servite a tutti gli usi della macerazione delle olive, perchè quelle acque provengono da un abuso, tolleranza o semplice uso comune, precario, comunque convertito a beneficio dell'industria: non ha diritto a scaricare chi non ha facoltà di derivare: chi ottenne, per convenzione, una servitù di acquedotto, non può poi ottenerne altra in un punto diverso, sotto pretesto che in questo riesce più facile, e meno costosa: che le acque di una fontana pubblica non possono dirsi tali che un membro di una comunità vi abbia diritto per chiedere la servitù di trasportarle, pel fondo altrui, nel proprio, a prescindere che egli avrebbe sempre bisogno di essere autorizzato dall'Amministrazione pubblica ad usare e disporre di quell'acqua.

29. Come si vede, erano tre gli obbietti disputati: cioè, se il comunista abbia diritto a chiedere il passaggio pel fondo altrui delle acque di una fontana comunale; se, ottenuto, per con-

venzione, il passaggio per un fondo, onde scaricare le acque luride di una macchina olearia, possa poi ottenerne altro in sito meno disagevole e costoso; e se, per usare dell'acqua della fontana comunale, abbia bisogno di autorizzazione dalla pubblica Amministrazione.

La Cassazione di Napoli (1) censurò la sentenza ridetta del tribunale, e disse: « nessuna specie di acqua è esentata dall'esercizio della servitù di acquedotto: se ne può domandare il passaggio, sia se viva o morta, corrente o stagnante, di provenienza naturale o artificiale, richiedendosi solo che si abbia diritto a servirsene, e che si voglia adibirla alle necessità della vita e agli usi agrari ed industriali: l'art. 602 richiede che si possa disporre dell'acqua, durante il tempo indicato per la servitù, e per una quantità sufficiente allo scopo; essendo indifferente che se ne disponga per concessione o per legge, a titolo di proprietà o di semplice uso, e per beneficio dello Stato, del Comune o del privato, e nemmeno importa che la facoltà di disporne fosse soggetta a condizione risolutiva o a termine certo: che non occorre l'autorizzazione della pubblica Amministrazione, quando trattasi di acque private: che quegli che, per l'esercizio di un frantoio di ulive, si vale dell'acqua, che attinge ad una fontana pubblica, di cui, come cittadino di un Comune, abbia l'uso pacifico, costante e sufficiente, ha diritto di domandare la servitù di acquedotto, per lo scarico, quando pure egli per l'addietro abbia posseduto una servitù convenzionale per fondi diversi, ove la ricostruzione dell'acquedotto riesca dispendiosa e pericolosa.

La Corte d'appello di Catanzaro, a 17 novembre 1871, causa Cardamone e Berlingieri, ha detto: « che chi gode della servitù convenzionale di acquedotto, può rinunziarvi per chiedere la servitù legale ».

30. Io, svolgendo le considerazioni della Cassazione napoletana, notai che la fontana comunale è di uso comune, e tutti i comunisti possono usarne e goderne, nella misura dei propri bisogni: derivandola od estraendola ciascuno, la fa sua, e ciò basta per dire che vi ha quel diritto, necessario per chiedere la servitù di acquedotto: — che, a tal uopo, basta il semplice godimento od uso del comunista, benchè mutevole all'infinito, sia in confronto dei diritti concorrenti degli altri comunisti co-utenti, sia delle eventuali destinazioni che il Comune può fare delle acque ad usi pubblici; che possono o restringere il godimento dei singoli membri dell'università, o vietarlo del tutto: — l'art. 133 della legge sulle opere pubbliche parla chiaramente della proprietà, *o del semplice uso temporaneo e determinato,* che il privato può avere sull'acqua pubblica: che il comunista, *uti singulus*, se è possessore provvisorio delle acque

(1) Cass. Nap., 3 luglio 1880, Ruscitano e Ruscitano.

della fontana comunale, di fronte al Comune, il quale è padrone di regolarne l'uso, ripartirle secondo i bisogni, farne delle concessioni, fissare una tassa per chi ne usa, destinarle ad altri usi pubblici togliendo così al comunista di disporne, — ha poi un vero e pieno godimento dell'acqua per disporne e consumarla, per conto proprio, nei limiti dei bisogni propri ed altrui, o per conto e nome della Comunità, sicchè (come ritenne la Cassazione di Napoli, a 4 agosto 1877, contro una precedente sua sentenza del 7 novembre 1876), il diritto alle acque soprabbondanti d'una pubblica fontana può acquistarsi col possesso legittimo, e la turbativa ad esso arrecata dà luogo all'azione di manutenzione; principio sostenuto già dalla Cassazione di Torino nel 30 dicembre 1874, Comune Sassari c. Vielà); il privato acquista diritto ad usare e disporre dell'acqua sopravanzante della pubblica fonte, cioè di quella che non più servendo agli altri comunisti, o non destinata ad altro pubblico uso, andrebbe perduta; senza che però possa impedire l'uso maggiore, anche esauriente che possano volerne fare in qualunque tempo gli altri comunisti (1).

31. Anche colui che acquista diritto alle acque piovane, può domandare il passaggio coatto pel fondo altrui, onde trasportarle altrove. Io l'ho sostenuto con profitto in due specie diverse. Tutto sta a fissare se si acquista diritto a quella specie di acque, — del che non si dubita più —, e a stabilire le condizioni richieste per acquistare tal diritto, il che implica delle difficoltà.

Acque *pluviali* — dice il Gianzana § 392, 670 e seguenti, della citata monografia — sono quelle soltanto che, cadute dal cielo, e non bevute dal terreno, scolano ai fondi inferiori, o stagnano nei campi in cui son cadute; avvegnachè, cadute nei fiumi o in altri corsi d'acqua, vengano senz'altro ad appartenere a quel corso d'acqua o fiume ove cadono direttamente o indirettamente per scolo dai fondi superiori. La L. 1. Dig. *de aqua et aq. pluv. arc.*: disse « *Aquam pluviam dicimus, quae de coelo cadit, atque imbre excrescit* »; purchè non assorbite, vengono a scorrere sulla superficie della terra ove si soffermano e rimangono. Se, assorbite dal terreno, vanno a risorgere e scaturire in fondo inferiore, sono vere *acque colaticce*.

32. Non essendosi il codice civile occupato delle acque pluviali, vuolsi andar cauti nelle difficoltà molteplici che implicano. La giurisprudenza pratica ha grande confusione sul riguardo: erroneamente si sono applicati gli articoli 542, 543 del cod. civ.

---

(1) Vedi una mia monografia pubblicata nel *Filangieri*, anno 1881 « *studi* sugli articoli 598, 602, 606, 613 e seguenti del codice civile. Con profitto va qui riscontrata la dotta ed accurata monografia che il signor Gianzana ha dettato pel *Digesto italiano* alla parola *Acque*, vol. 1, pag. 639 e seg., ove ampiamente sviluppa, come ogni altra materia, così quella sulle fontane pubbliche.

a tale specie d'acqua. Occorrerà distinguere quella che cade sul fondo privato, dall'altra che cade sulla strada pubblica. Cadute sul fondo privato, è agevole intendere — come disse Daviel, *Delle acque,* n. 796, e Laurent, *Princ.* vol. 7 n. 223 — che esse appartengono al proprietario di quel fondo, più che per *diritto di occupazione,* per *vero diritto di accessione;* dal momento che cadono, e fino a quando rimangono sul suolo, non sono più *res nullius* (come lo erano prima di cadere), cedono al padrone del suolo stesso, paragonate alle acque di sorgente. Cadute poi sul suolo pubblico, pel medesimo principio del diritto di accessione, divengono pubbliche; l'amministrazione pubblica ne può usare a modo suo, o permettere che altri se ne serva « non par droit d'occupation, mais *par voie d'autorisation* » dice il Laurent, *Princ.,* ecc., vol. 7, 227, 234. — Il privato però può fare opera nella strada che spingesse nel suo fondo le acque pluviali sparse sul suolo pubblico; il solo Comune avrebbe diritto a reprimere le opere abusive, ma altri privati non potrebbero arrogarsi tal diritto, e contro di essi, colui che ha goduto delle acque, avrebbe l'azione possessoria (Cassazione di Napoli, D'Avanzo, Boriello, 1.° marzo 1873), senza però che chi godè di esse acque, per qualunque sia lasso di tempo, possa impedire che altro proprietario eserciti eguale facoltà sulle acque medesime e costituisca opere analoghe, allo stesso intento di raccogliere quelle acque (Cassazione di Torino, 18 maggio 1854, 7 febbraio 1880, Gianzana, 686, 692 fino a 696). L'imprescrittibilità del suolo pubblico conduce all'imprescrittibilità dell'acqua che sopra vi cade, e che n'è un naturale accessorio, secondo ch'è detto dal Daviel, vol. 3, § 798 a 801; Troplong. *Prescriz.* n. 147, 148; Laurent, *loc. cit.*).

33. Sviluppando la sentenza della Cassazione napolitana, 1 marzo 1873, io mi trovo d'aver detto (*Del possesso, qual titolo di Diritti, in rapporto al Giure politico amministrativo in Italia* § 142) « che, comunque le vie pubbliche fossero impossedibili, « pure il proprietario d'un fondo vicino può aprire in queste « un canale di fabbrica che raccolga quelle acque, per farle « inservire alla irrigazione del fondo stesso, o ad animare mac- « china idraulica, e mantenersi nel possesso del canale contro « il vicino che in qualunque modo lo guasti... E veramente, non « del valore e della natura delle acque, e del loro dominio, ma « del valore dell'acquedotto e dell'uso delle acque stesse deve « parlarsi per ben decidere codeste specie: le acque pluviali « che cadono su d'una via pubblica cedono al primo occupante « quando l'amministrazione pubblica non ne abbia diversamente « disposto: l'art. 22 della legge sulle opere pubbliche riconosce « il diritto del privato agli scoli delle pubbliche vie, e lo fa « regolare dalla *consuetudine,* dalla *convenzione* ed anche *dai* « *diritti acquisiti,* i quali, per l'art. 700 cod. civ., possono pure « dimostrarsi colla *prescrizione* ».

Non recedo dalle cose scritte nel 1880, in tal libro. La pre-

scrizione dovrebbe dar facoltà a chi per un tempo abile a prescrivere si servì dell'acqua piovana, di escludere chiunque andasse a turbare il godimento cui quegli acquistò diritto.

34. Al n. 14 si è detto che, parlando, « d'*acquedotto* », vanno tenute presenti tutte le norme relative alle *servitù prediali,* sia quanto alla cosa dominante o serviente, sia quanto ai reciproci rapporti sì delle cose, e sì delle persone, sull'obbietto medesimo. Qui mi viene a taglio di discorrere di talune difficoltà che si producono sul riguardo, avvegnachè più volte ho visto in pratica promuovere dei giudizi, intorno agli acquedotti, senza ricordarsi che debbono esser guardati unicamente come servitù prediali. Una volta specialmente il proprietario di un fondo si rivolse al Pretore, con azione personale, chiedendo che, verificate le innovazioni (che, secondo lui, erano state fatte ad un acquedotto dal proprietario d'un fondo vicino, alterando lo stato attuale dell'acquedotto stesso), si disponesse, che le cose fossero ridotte allo stato in cui si avea diritto a tenerle da esso istante. Allora mi bastò rilevare che, in sostanza, trattavasi di azione reale immobiliare, e ottenni che l'azione fosse detta inammessibile.

35. Nè essendo nuovi o rari i casi in cui tali equivoci si possono riprodurre, ricordo qui una specie analoga da me trattata e nella quale si vedrà in quante guise può occorrere di richiamare alla purità dei principii.

Due ripuari d'un corpo d'acqua, a prevenire ogni contesa sul sistema di munire dalle inondazioni il proprio fondo sito l'un di contro all'altro, convennero di mantenersi stabilmente in una linea assegnata, e di lasciare un dato letto al corso d'acqua sotto una penale, in caso di trasgressione. Indi distrutti dalle alluvioni gli argini e ripari, e i segni della linea stabilita, uno dei ripuari invitò il Pretore a precisare i punti in cui erano, ripristinarli, e dichiarato che l'altra parte era contravvenuta alla convenzione, condannarla, oltre alla penale, a ridurre le cose *ad pristinum,* nella linea reintegrata.

Per impedire all'avversario di occupare un sito, in certa misura, occorre cominciare dal fissare il sito oltre il quale non si deve andare; come, per restituire le cose *ad pristinum,* si deve presupporre una reintegrazione dovuta, una revindica a fare, un regolamento di confini a ristabilire. Sono termini di rapporto: pregiudizio, contravvenzione a stipulati, confini violati e da reintegrare, suolo spettante ad uno dei ripuari e da revindicare dalle mani di chi l'ha occupato illecitamente, e reciproca servitù prediale contratta e non osservata da uno dei ripuari di riparare nel tal modo il proprio fondo dal corso d'acqua per non recare pregiudizio al fondo sito alla riva opposta. La istanza, nei termini in cui è stata proposta, abbraccia tutto codesto. Pur se non l'avesse esplicitamente compreso sarebbe stato obbligo del magistrato occuparsi di tutti codesti obbietti, che sono la naturale continenza della causa portata al suo esame con quell'atto, esaminando « *universam inci-*

dentem quaestionem quae in iudicium devocatur » (L. 1 cod. lib. 3 tit. 8).

36. Non m'impone la obbiezione che non possa parlarsi di regolamento di confini da due fondi divisi da un corso d'acqua. La legge stessa, adottanto la parola «*confine*» nel parlare di due fondi situati alle rive opposte di un fiume, li dice «*confinanti alla riva*» (articoli 454, 461, ecc. cod. civ.), e ritiene il punto di confine di essi fondi «*nella linea mediana del fiume o torrente*» (art. 458 cod. civ.) che li divide: e gli scrittori, assomigliando il fiume o torrente ad un muro comune, discorrono del diritto dei vicini, per quanto concerne le quistioni di comproprietà, all'istessa stregua delle dottrine relative ai condomini del muro comune, sicchè fu detto che i proprietari dei fondi siti alle due rive opposte d'un corso d'acqua possono fare dei ripari e delle cateratte appoggiando le opere fino alla loro linea mediana (Duranton, vol. 2, p. 243).

Sicchè, invece di una mera e semplice azione personale, o di un obbietto specialmente attribuito al Pretore, per l'art. 82 cod. proc. civile, se ne trova una assai più grave, che ne riunisce in sè tante altre, e porta la discussione assai lungi, fino ad esaminare se siano stati fedelmente osservati gli obblighi relativi alla reciproca servitù prediale, se nulla è stato innovato allo stato attuale dei confini assegnati ai due fondi rivieraschi, con o senza usurpazione di terreno, in danno d'uno di essi; e quindi reintegrare i diritti manomessi di proprietà sul suolo usurpato, di confine contro l'alterazione fattane, e di servitù prediale relativamente al modo di serbare nella ricostruzione degli argini di entrambi i fondi, non solo nella linea stabilita, ma anco nella guisa che nessun pregiudizio reciprocamente possono recarsi.

Basta quest'esempio pratico per intendere le definite complicazioni cui può dar luogo la servitù di acquedotto. Vediamone qualcuno.

37. Si supponga che taluno, per ottenere il passaggio dell'acqua pel fondo altrui, dopo aver documentato il diritto all'acqua stessa, ottenga sentenza *provvisoriamente esecutoria,* contro una idonea cauzione, per eseguire le opere da lui chiaramente indicate, salvo a sapere se esse siano regolari, a mezzo di periti nominati dal magistrato. Con tale pronunzia, il diritto del proprietario del fondo serviente è violato; a prescindere da quella *urgenza* in nome di cui si è provvisoriamente andato ad occupare codesto fondo, prima che il padrone di esso fosse invitato a discutere le condizioni della legittimità dell'acquedotto domandato; specialmente dall'incarico dato a un perito per l'accertamento di quelle condizioni. Quest'ultimo fatto anormale, sia se la relazione peritale dovesse essere decisiva, o meramente peritale; nel primo caso, il magistrato si esautora, conferendo al perito la facoltà che la legge dà a lui solo, e toglie alle parti di discutere la verità dell'avviso del perito; nel secondo

caso si è permessa l'occupazione del fondo altrui, prima che il magistrato avesse pronunziato sugli estremi richiesti dalla legge onde autorizzare l'inizio dei lavori, e prima che ne fosse stato pagato il prezzo. Le quali considerazioni sono state adottate dalla Cassazione di Torino, 25 agosto 1856, 16 luglio 1875, e 5 giugno 1878.

38. Seguiamo — Quando si adisse il magistrato per ottenere sentenza che ordina l'acquedotto sul fondo altrui, che norme saranno tenute nel determinare il foro competente? L'art. 79 cod. proc. civ., che è il solo da applicare in tale ricerca, detta che « in tema di servitù si deve assumere il valore da quello del fondo serviente ». Ma, nel momento in cui si fa l'istanza, non si ha ancora una controversia su d'una servitù, ma piuttosto sul se si abbia facoltà ad ottenerla: l'indennità potrà essere infra le lire 1500, e il valore del fondo occupato nemmeno eccede tal misura; perchè deferire al tribunale civile l'esame di un obbietto di valore minimo, quando non si tratta neppure di servitù già esistente? Malgrado tali considerazioni, sarà sempre da applicare l'art. 79 del cod. di proc. civ.

39. Seguiamo ancora. É certo che, quando il diritto di usare dell'acquedotto spetti al padrone del fondo serviente, costui deve usarne in modo da non ostacolare l'esercizio dell'acquedotto stesso. Si deve dunque permettere che lo spurgo e le materie estratte dal cavo siano gettate sulle rive; queste debbono esser tenute monde e pulite dal proprietario del fondo serviente, che non può costringere il proprietario dell'acquedotto a cacciar via le materie poste sulle rive, pur se queste rive si trovassero su d'una strada pubblica ch'è latistante all'acquedotto. Ecco talune delle indagini che implicano sempre difficoltà molteplici.

40. E sono difficoltà di natura e competenza varia. Penali — in caso di danno, esercizio arbitrario delle proprie ragioni, usurpazione d'acqua e via via — o civili, sia in petitorio, sia in possessorio, prima o dopo la costituzione della servitù, o in caso di illecita occupazione dell'altrui.

L'azione possessoria soccorrerebbe colui che, senza esser adempite le prescrizioni di legge per ottenere l'acquedotto, vede imprese delle opere sul fondo suo; oppure vede l'utente introdurre nell'acquedotto una quantità d'acqua maggiore della necessaria, o aggravare in altro modo la servitù, contro ed oltre il modo col quale è stata esercitata per più di un anno: — soccorrerebbe altresì colui che ottenne l'acquedotto, sia contro il proprietario del fondo serviente che facesse innovazione allo stato attuale delle cose, e ostacolasse così in modo qualunque l'esercizio della servitù, sia contro un terzo che fosse autore di tali o simiglianti altre molestie, sia infine contro ogni altro coutente dell'acqua stessa, qualora dal fatto di costui derivasse pregiudizio alcuno.

Può essere considerato causa di molestia possessoria qualsivoglia fatto, contro il godimento del fondo dominante o ser-

viente; il prendimento dell'acqua, o l'inizio dei lavori, prima della sentenza del magistrato o del permesso di chi n'è proprietario; l'imperfetta costruzione delle opere, o il mal'uso dell'opera correttamente costrutta; l'innovazione che fanno coloro che vorrebbero derivare acqua dall'acquedotto che attraversa o costeggia il loro fondo, e via via.

41. Sono punti rifermati dalla giurisprudenza pratica delle Corti, che può chiedere il passaggio delle acque anche chi, per la irrigazione del fondo cui vuol destinarle, potrebbe valersi delle acque di altra roggia (Cass. Torino, 29 dicembre 1866, Camotti Arborio, ecc.): l'opposizione indebita alla condotta dell'acqua assoggetta l'opponente a risarcire il danno derivato dal ritardo (Cass. Torino, 13 dicembre 1873, Arborio, Comune di Cascine, ecc.): che le norme pel passaggio nel fondo altrui per derivare acque sono distinte da quelle pel passaggio attraverso il canale d'acquedotto altrui, come diverse sono le condizioni proprie di ciascun caso; nel secondo caso basta che il passaggio riesca innocuo, non occorrendo prova della necessità di esso, nè d'avere l'acqua sufficiente alla irrigazione e molto meno di esser proprietario del terreno confinante alla roggia sotto cui vuolsi esercitare il passaggio, Corte Casale, 17 ottobre 1873, Sartorio, Decartenas (1): obbiettare che l'acqua sia demaniale e non possa quindi essere distrutta dai frontisti per l'irrigazione dei loro fondi, è dedurre il diritto del terzo e non il proprio, perciò il giudice non può avervi riguardo (Cass. Firenze, 2 aprile 1868, Torrigiani Giorgi): che commette il reato previsto dall'art. 678 n. 1 codice penale colui che senza titolo e di mala fede estrae una quantità d'acqua da un torrente quando l'acqua stessa spetti ad altri (Cass. Torino, 4 dicembre 1867, Garetti): che la presa d'acqua va compresa nel numero dei beni immobili, e immobiliare è il diritto di derivazione d'acqua per irrigare il proprio fondo (Cass. di Napoli, 16 settembre 1874. Orfanotrofio militare e de Gennaro, e Cass. Torino, 20 dicembre 1869, de Mario Negro ed altri): che la legge non fa nessuna distinzione fra servitù legali e convenzionali, quando coll'art. 1314 cod. civ. prescrive, sotto pena di nullità, la scrittura pubblica o privata, e coll'art. 1932, di fronte ai terzi, la trascrizione di tale scrittura relativa a convenzioni costitutive o modificative le servitù prediali; non giova dire che, col far luogo alla servitù, la legge concede il diritto reale: ciò è relativo alla ragione e potenzialità della servitù, ma quando occorre l'attuazione pratica, e l'accordo ulteriore delle parti, è necessaria la scrittura, e la pubblicazione di questa, nel modo stesso che occorre per una

---

(1) In senso contrario, la Corte d'appello di Torino, 24 aprile 1867, disse che le norme fissate dall'articolo 602 sono applicabili anche al caso del passaggio preveduto dall'articolo 600, salvo la misura del maggiore o minore rigore.

servitù concessa con testamento, in modo indeterminato (Corte app. Torino, 3 luglio 1874): che però l'art. 1314 n. 2 che vuol provate con altro scritto le convenzioni che costituiscono e modificano le servitù prediali, si riferisce al diritto stesso, e non già al quasi possesso della servitù: questo può perdersi col solo fatto denotante l'animo di abbandonarlo, senza che la perdita del quasi possesso importi per necessaria conseguenza la rinunzia al diritto cui si riferisce (Cass. Firenze, 16 febbraio 1875). Potrei allungare questa enumerazione ma uscirei dallo scopo prefissomi. Rimando i lettori ai sommarii di giurisprudenza pratica ove troveranno serie lunghissime di decisioni relativamente a questa materia.

42. Come si è cennato, anche il codice penale prende a garentire le acque, cogli articoli 678, 679, 680, 286, 287, per reprimere con pena la violazione di taluni diritti su di esse, considerate ora come mobile o come immobile, ed ora in rapporto al danno che con esse si può recare altrui.

Cogli articoli 286, 287 è punito l'esercizio arbitrario, che, o con violenza contro la persona, o con violenza unicamente reale (art. 287) riesce a deviare le acque.

Colui che, *senza alcun titolo,* avrà estratto o fatto estrarre, o divertita in qualsivoglia uso, acqua *a lui non dovuta,* da un corso qualunque, o usurperà sulle medesime qualsivoglia diritto, o costruirà bocche, paratoie condotte in forma diversa da quella già stabilita, o di capacità eccedente la misura dei suoi diritti, o, per tali fini, romperà o smuoverà dighe, o simili manufatti; e ne turberà l'altrui possesso; od ostacolerà e impedirà l'esercizio del diritto altrui su di esse; o, pur nell'esercizio dei proprii diritti, darà luogo, anche per negligenza, ad inondazione di strade o terre: incorre nelle sanzioni penali degli articoli 670 a 680. Son considerate le acque d'ogni specie, fiume, torrente, rivo, fonte, canale, acquedotto, private o pubbliche; nella presa, nella condottura, nello scarico.

L'azione penale contro l'esercizio arbitrario (articoli 286, 287 cod. pen.); l'usurpazione *a)* estraendo acqua non dovuta (art. 678, n. 1 cod. pen.), anche mediante rottura di dighe, ecc. (n. 2 art. 678 id.); *b)* impedendone l'esercizio del diritto altrni (n. 3 dello stesso articolo); *c)* turbandone l'altrui legittimo possesso (il che può dar luogo all'azione penale esclusivamente, secondo il n. 4 dell'art. 678 ridetto, od anche all'azione civile possessoriale dell'art. 694 e seg. cod. civ., e art. 443 e seg. cod. proc. civile); l'azione civile petitoria o possessoria, e il provvedimento dell'autorità amministrativa; ecco i rimedi dati a garentìa dei diritti sulle acque.

43. Altre molte difficoltà la servitù di acquedotto può ingenerare allorquando si va a guardare l'uso dell'acqua in rapporto al diritto amministrativo.

Come l'acqua, considerata qual'elemento utile, fertilizzatore e forza motrice, è regolata dal diritto civile; così considerata qual

pericolo permanente ai terreni ed agli abitanti, va a formar materia del diritto amministrativo, nel senso che il potere esecutivo la regolarizza e la governa pel pubblico vantaggio, e ne forma obbietto d'un *jus singulare*. E qui è facile intendere, che i due giuri, civile cioè e amministrativo, hanno molti punti di contatto. E, mentre quest'ultimo riguarda soltanto le acque pubbliche, e il primo le private; queste ultime, per moltissimi fini, possono essere soggette a provvedimenti della potestà amministrativa, come le acque pubbliche possono essere regolate anche dal codice civile, in quanto possono essere suscettibili di privata proprietà. Senza porre tali avvertenze, equivoci immensi e funesti deriverebbero nelle quistioni varie.

44. La tutela pubblica sui corsi d'acqua, *pubblici* o *privati*, è sempre necessaria, per la sterilità e rovina che può derivarne ai terreni o alle persone, per cagioni molteplici, provvedendo al da farsi, o con lavori alle sponde, scaricatoi pel tempo di piene, abbassamento di chiuse troppo alte. Supreme ragioni di ordine pubblico consigliano una tutela su tutto ciò che può nuocere. Quando le acque, in modo qualunque, possono recar danno l'autorità amministrativa è chiamata a provvedere alla *polizia* d'esse, secondo che è disposto espressamente dalla legge sulle Opere pubbliche, e a prendere le misure richieste dalla *sanità pubblica*.

45. Infinite sono le dispute che si possono produrre dall'incontro del codice comune colle leggi speciali politico-amministrative. Ne accenno taluna.

Dal ravvicinamento degli art. 427, 431, 543 cod. civ. e 102, 132 della legge sulle opere pubbliche, sorge il dubbio se vi siano acque *private* (il che risulta dai citati testi del cod. civ.), e se, e come può conciliarsi la legge ridetta con quel codice. Oggi è ritenuto, che il codice civile è prevalente, epperò tutte le acque che non son pubbliche (cioè fiumi, torrenti e laghi) son *private*: private son quindi circa gli effetti della concessione, pei diritti degli utenti e per l'uso. Il Consiglio superiore dei lavori pubblici disse all'uopo: il codice civile benchè posteriore alla legge sui lavori pubblici deve aver prevalenza su questa, come *Legge generale*, e quindi definire le varie specie di acque, e se occorre decreto regio di concessione: che l'uso delle acque minori è regolato dal codice civile, mentre la tutela delle stesse è sempre regolata dalla legge sulle opere pubbliche (1).

Per le provincie napoletane, ricordiamoci che tutt'i fiumi appartenevano ai feudatari, fino agli anni 1806-1809 che, abolendo la feudalità, li richiamarono al demanio pubblico; che con Decreto 25 maggio 1850 si dichiararono pubblici tutt'i fiumi sia o non atti al trasporto, lasciando *privati* i torrenti fino alla pubblicazione del codice italiano.

---

(1) Pareri 26 ottobre 1866, 3 febbraio 1867, 21 gennaio 1868.

46. Ma le difficoltà si producono anche intorno alla determinazione del magistrato ch'è chiamato a definire se l'acqua è pubblica o privata, e gravi dispute si son sostenute prima di arrivare a ribadire stabilmente e definitivamente la dottrina oggi prevalente, ch'è quistione tutta esclusivamente di magistrato giudiziario comune « il determinare il carattere giuridico delle « *acque*, degli *alvei*, degli *argini*, dei *diversivi*, sul ritorno o « non dell'acqua a pubblico uso, e a quale uso, e se per conse« guenza di fatti naturali, o di opere e disposizioni dell'ammi« nistrazione, regolari o no » (Martinelli, *Conflitti di attribuzione*, vol. II, pag. 143, vol. III, pag. 152, Cons. di Stato, 14 dicembre 1872, Franceschi, Cass. Roma in moltissime decisioni .

47. Le complicazioni d'avvantaggio si svolgono o per determinare se, trattandosi d'acqua pubblica, la concessione dev'esserne fatta dall'autorità amministrativa, sia per derivarla dalla sorgente, o dal corso, sia per condurla sul fondo demaniale, o a traverso strade e canali pubblici, sopra o sotto di essi. Chi ha la menoma esperienza delle dispute miste di giudiziario ed amministrativo, intenderà gli accenni che qui fo delle immense forme assunte da controversie simiglianti. Andrei per le lunghe pur se volessi rilevare taluni dei punti principali di tali dispute, specie di fronte alla legge sulle opere pubbliche, e più particolarmente di fronte agli art. 121, 124 di essa.

48. Stimo più opportuno — a premunire contro le esagerazioni delle attribuzioni amministrative in materia di acque — di ricordare che magistrati e scrittori hanno già circoscritto in giusti limiti codeste attribuzioni. Si soleva dire non esser mai lecito al privato di tradurre in giudizio l'amministrazione, per quistioni intorno alle acqne, perchè quanto fa o non fa è regolato nell'interesse pubblico, per *diritto d'imperio*, e non mai nell'interesse particolare e suo patrimoniale; *jure gestionis*. E così si toglieva al privato ogni mezzo di garantia contro ogni danno, ed occupazione del suo, per parte dell'amministrazione. Ciò non era negl'intendimenti del legislatore, e si è dettata una norma, per quanto semplice, altrettanto razionale e giusta, secondo cui, anzichè guardare il subbietto, o il motivo del *fatto* o del *non-fatto* nelle controversie contro l'amministrazione pubblica, si guardò l'*interesse* del privato che se ne risente, per fissare se codesto interesse sia o non assistito da una legge che lo eleva a diritto coattivo, e lo abilita in tal modo a divenire obbietto capace d'essere fatto valere anche in via contenziosa.

49. La tutela affidata all'amministrazione sul buon regime dei fiumi può accompagnarsi, od esser seguìta dall'azione del privato, che domanda il miglioramento o la conservazione delle acque pubbliche in condizioni soddisfacenti, lo indennizzo dei danni derivatigli dal modo onde sono state tenute, la reintegrazione dei diritti proprî ad usare di esse acque. Sarebbe strano negare al privato ogni azione sotto pretesto che l'amministra-

zione agisce ad utilità dei più. Il vantaggio dei più non di rado riesce a scapito del singolo, e questo può bene aver diritto ad un compenso per ciò.

Grandi difficoltà si sono incontrate in pratica, nell'intelligenza dell'articolo 124 della legge sulle opere pubbliche; ma oramai Consiglio di Stato, Corti giudiziarie e scrittori di cose amministrative e giudiziarie sono di accordo nell'interpretarlo in modo che il massimo accordo ne venga alle giurisdizioni giudiziali ed amministrative nelle controversie di acqua.

50. Anche a supporre che l'amministrazione pubblica « faccia bene tutto quel che fa e saviamente non faccia quello da cui si astiene; e comunque non sia tanto strano supporre che anche essa sbagli sulla condotta o pecchi di diligenza nella conservazione delle sue opere » — secondo che scrive Mantellini, *Confl. d'attrib.* vol. I, pag. 121 — nulla di ripugnante e di incompatibile trovasi nel sostenere che la misura o il provvedimento preso da essa Amministrazione sia *sindacabile*, rispetto all'*interesse del danneggiato*, e per risarcire ogni danno, e che sia poi *insindacabile rispetto all'interesse pubblico.* Anche in Francia, con un sistema d'amministrazione eminentemente accentrativo, non si è mai dubitato che il danno prodotto dalle opere disposte dall'Autorità amministrativa forma materia *contenziosa*, e non poche volte si è ritenuta responsabile, e la si è condannata all'indennizzo dei danni, quando l'opera ne risultava *causa diretta.*

51. L'art. 124 della legge sulle opere pubbliche è da intendere come applicazione non come eccezione degli articoli 2, 3 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo, allegato E, 20 marzo 1865. In conseguenza, le misure e i provvedimeuti presi dell'Autorità amministrativa, se è bene che si ritengano insindacabili, appunto perchè prese in relazione al pubblico interesse commesso alla tutela ed al prudente arbitrio di un'autorità; è pur bene, ragionevole e giustissimo che non sia tolto ai tribunali ordinarî di giudicare delle conseguenze giuridiche di quelle misure, rispetto all'azione promossa dal privato, in contradizione sia di altro privato, sia della stessa autorità amministrativa.

In esso articolo 124 è detto: « Quando l'opera, *riconosciuta* « *dannosa* dall'autorità amministrativa, sia di tal natura che « oltre ai provvedimenti di sua competenza per la modificazione « e distruzione di essa lasci ragione a risarcimenti di danni, la « relativa azione sarà promossa dinanzi ai giudici ordinarî, i « quali non potranno discutere le quistioni già risolute in via « amministrativa ».

Fermiamoci sulle parole del testo già tanto combattuto e fatto servire alle più assurde interpretazioni.

52. « *Enunciative* e non *condizionali* ne compariscono le parole: quando l'opera, riconosciuta, ecc... » — disse Mantellini, — e ben disse. Val dire l'art. 124 enuncia il fatto più ovvio che l'opera sia riconosciuta dannosa dall'autorità amministra-

tiva. Ma ciò non significa che cotesto previo giudizio dell'Amministrazione sia condizione all'esperimento dell'azione d'indennità che si voglia promuovere innanzi al magistrato giudiziario, siccome si è preteso sostenere da molti scrittori e magistrati amministrativi e giudiziari.

Di precettivo, nell'articolo 124, non vi è che questo solo: il risolvere le quistioni tecniche, il modificare o distruggere le opere già fatte è tutta e sola attribuzione dell'autorità amministrativa. L'azione ai danni è del magistrato comune, il quale non può discutere le quistioni già risolute in via amministrativa — che sono quelle meramente tecniche. — Ciò è consono ai ricitati art. 2, 3 e 4 del contenzioso amministrativo.

53. Il giudizio quindi riserbato all'Amministrazione dall'articolo 124, è se l'opera nuoccia al buon regime delle acque pubbliche, e quindi è guardato in un interesse generale. Ciò non significa che l'azione privata dei danni sia subordinata alla condizione che l'opera sia prima dichiarata dannosa dall'Amministrazione, comunque il magistrato ordinario debba rispettare il giudizio tecnico amministrativo.

Sono gravi di significato all'uopo le parole colle quali la Cassazione di Torino (12 febbraio 1869, Comunità di Reu e Società delle SS. FF. Meridionali), disse che, l'articolo 124 « sanziona « in principio, potere l'Amministrazione esser giudice e parte « nel decidere del suo operato; mentre gli effetti dei suoi prov- « vedimenti sono dalle leggi rimessi al giudizio dei tribunali; « e le autorità giudiziarie hanno solo la missione di giudicare « d'ogni danno avente causa da dati provvedimenti, intanto che « l'autorità alla quale compete di conoscere di tali danni ha pure « il diritto di accertarne sia l'attualità, sia la possibilità, e di « provvedere in maniera che il risarcimento del danno sia in « ogni caso assicurato quando si verifichi ».

54. Sarà, in tal modo, manomessa l'indipendenza ed autonomia amministrativa! — si obbietterà tosto: — ma è facile vedere che tale pericolo è ben tontano.

Dapprima non è sempre che possa parlarsi d'azione d'indennizzo. Allorquando l'Amministrazione dispone un'opera per prevenire l'*abuso* che il privato farebbe delle sue facoltà — p. es. se costui, per allontanare la corrente dal suo fondo costruisce un *pennello* che l'Amministrazione demolisce; — non ci sarebbe azione per danno. Il diritto di godere della cosa propria nella maniera più assoluta è subordinato alla condizione « che non « se ne faccia un uso vietato dalle leggi e dai regolamenti »; art. 436 cod. civ. L'Amministrazione è insindacabile quando fa togliere il pennello: il tribunale non potrebbe dir questo *innocuo*, o nel disporre le cose in modo da renderlo tale.

55. Quando poi trattasi di argini o ripari lungo le sponde, che da lontanissimo tempo segnino la direzione del corso d'acqua e se ne ordini la demolizione, non per conservare ma per migliorare il regime di quel corso; il privato, se ha dovere di esser

sacrificato al vantaggio dei più, ha però diritto ad un indennizzo, per l'art. 438 cod. civile.

Nel giudizio per l'indennizzo non si ha bisogno di sindacare l'atto amministrativo, in sè stesso, o nel merito, nè di annullarlo o rivocarlo: si discute soltanto delle sue conseguenze giuridiche, nei limiti legittimi assegnati dagli art. 2 e 4 della legge sul contenzioso amministrativo.

La lite, avendo per obbietto il danno, è sempre giuridica, spetta sempre al magistrato ordinario. È consono a libertà e a giustizia che il privato non sia distolto dai suoi giudici naturali, nè spogliato dalle comuni garentie del procedimento ordinario.

56. Chiudo quest'appendice, perchè a volerlo non finirei per poco la trattazione di un argomento cotanto importante come questo; importante, non solo di fronte alle sole discipline giudiziarie, ma anche alle amministrative.

FRANCESCO VARCASIA.

APPENDICE XVII.

Dell'apparente antinomia tra il codice civile e la legge sui lavori pubblici in materie d'acque

Posizione del quesito.

§ 1. Nel nostro codice non si parla propriamente mai di *acque pubbliche.* L'art. 427 si limita solo a qualificare *demaniali* i fiumi e i torrenti. Nel titolo III della legge sulle opere pubbliche si ripete invece assai spesso questa qualifica di *pubbliche* data alle acque, e la si riferisce non solo ai fiumi e torrenti, ma altresì ai *laghi, canali, rivi, fossati* e *colatori naturali,* come innegabilmente deve dedursi dall'art. 102 di detta legge, che si esprime con queste testuali parole: « I minori corsi naturali di *acque pubbliche, distinti dai fiumi e torrenti* con la denominazione di *fossati, rivi* o *colatori naturali....* ».

In che senso si prende la qualifica di *demaniali* e di *pubbliche* data alle acque? Sono il codice e la legge sui lavori pubblici in antimonia?

La soluzione di questo quesito formerà l'oggetto del nostro studio.

§ 2. Tale questione fu discussa dal Consiglio di Stato (sezione dell'interno) il 26 ottobre 1866, ed in seduta generale il 23 febbraio 1867, a proposito d'un quesito proposto dal Ministero dei lavori pubblici per conoscere se l'uso delle acque dei rivi, fossati e colatori naturali dovesse essere soggetto a concessione, come l'uso delle acque dei fiumi e torrenti.

Riteniamo opportuno riportare integralmente quel memorabile parere:

« Vedute le note del Ministero dei lavori pubblici del 26 settembre Div. V e 22 dicembre p. p. Div. V N. 3773, con la quale rimette all'esame del Consiglio di Stato il regolamento per la derivazione delle acque pubbliche in esecuzione della legge 20 marzo 1865 sui lavori pubblici;

Udito il Relatore:

Considerato che preliminarmente all'esame delle speciali disposizioni bisogna determinare per quali acque sia necessaria la concessione del Governo;

Considerato che per l'art. 132 della legge 20 marzo si dispone: — Nessuno può deviare acque pubbliche, nè stabilire su queste molini od altri opifici se non ne abbia un legittimo titolo, o non ne ottenga la concessione del Governo;

Che l'art. 1 lett. *f* di detta legge mette nelle attribuzioni del Ministero dei lavori pubblici « il regime e la polizia delle acque pubbliche, e così dei fiumi, torrenti, laghi, rivi e canali di scolo artificiali »;

Che il titolo III delle acque soggette a pubblica amministrazione nella intestazione del cap. 1 dello stesso titolo accenna a fiumi, torrenti, laghi, rivi e colatori naturali;

Che dalle premesse disposizioni il Ministero delle finanze e quello dei lavori pubblici deducono esservi anche bisogno del decreto di concessione ai termini dell'art. 133 per le derivazioni di acque dai rivi e colatori naturali, adducendo altresì a sostegno di questa opinione le disposizione degli articoli 136, 165 e segg., e la impossibilità, o per lo meno la difficoltà di distinguere i fiumi e torrenti dai rivi e colatori naturali e determinare in qual punto un corso d'acqua passi dall'una all'altra categoria;

Considerato per l'opposto, che l'art. 427 del codice civile dichiara far parte del demanio pubblico i soli fiumi e torrenti, e nell'art. 435 si dichiara che i beni non indicati negli articoli precedenti appartengono ai privati, e nell'art. 543 si accorda ai proprietari riverani di poter usare sotto date condizioni delle acque che corrono naturalmente, e senza opere manufatte, lungo i loro fondi tranne quelle dichiarate demaniali dall'art. 427;

Che il codice civile, sia perchè posteriore alla legge 20 marzo 1865, sia perchè legge generale e costitutiva dei diritti dello Stato e dei privati sui beni, è la legge da seguirsi per definire

nanza generale dei 23 febbraio 1867 in cui fu ampiamente discusso l'argomento;

La Sezione

Opina che alle derivazioni d'acque contemplate nell'art. 453 del codice civile non siano applicabili le norme sancite dalla legge 20 marzo 1865 e dal regolamento approvato col R. Decreto 8 settembre 1867 per le concessioni d'acque pubbliche ».

§ 4. Come vedesi, nei succitati pareri pur non trovando modo di conciliare le disposizioni delle due leggi, non volle nondimeno ammettersene l'antinomia. Se questa si fosse ammessa col disconoscere nei laghi, canali, rivi, fossati e colatori naturali la qualifica della pubblicità, si sarebbero dovute sottrarre alla tutela dell'Autorità amministrativa dette acque e si sarebbe di necessità dovuto ritener per abrogato tutto il titolo III della legge sui lavori pubblici, del che non era minimamente cenno nel codice civile; o se non altro avrebbesi dovuto limitare tutte le disposizioni di quel titolo ai soli fiumi e torrenti, ritenendo per abrogato tutto ciò che si riferisce ai laghi, canali, rivi e colatori naturali.

Il nostro intento è di dimostrare che la conciliazione sistematica è non solo possibile in questa materia, ma strettamente dovuta; che perciò tutte le disposizioni del titolo III della nostra legge, che a questa quistione si riferiscono, a ragione hanno pieno ed assoluto vigore (1).

Del Demanio pubblico.

§ 5. L'art. 429 del codice civile implicitamente dichiara in che consista la *demanialità*: «..... tutti i beni che cessano d'es-

---

(1) A completare le notizie relative a tale quistione, avvertiremo che il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici in sua adunanza del 29 maggio 1869, accogliendo le conclusioni del relatore signor ispettore POSSENTI, opinava tra l'altre cose:

1.° Che sotto la denominazione di *fiumi* e *torrenti*, che per disposto dell'articolo 427 del codice civile costituiscono le acque del pubblico demanio, si debbano comprendere *tutti* i corsi d'acqua alimentati naturalmente e prevalentemente da acque di pioggia, di disgelo di nevi, di scaturigini sotterranee montane, e di laghi alimentati come sopra, *includendovi cioè anche le acque di cui all'articolo 543 del codice, comunque denominabili per rivi, canali e colatori naturali;*

2.° Che nell'interesse generale della navigazione, dell'agricoltura, dell'industria, delle Finanze dello Stato, e dei diritti acquisiti dai privati, nonchè nell'interesse stesso dei frontisti, valga meglio persistere nella pratica di non ammettere alcuna verificazione del caso d'applicabilità delle disposizioni dell'art. 427, ossia di non permettere derivazioni da corsi d'acqua alimentati come sopra, *qualunque ne sia l'entità e la denominazione,* senza sovrane concessioni a sensi dell'art. 132 della legge 20 marzo 1865 sui lavori pubblici e del regolamento 8 settembre 1867 e col dovuto riguardo all'art. 4 di detto regolamento.

Non furono però accolte le conclusioni del Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, e si convenne d'attenersi a quanto aveva opinato il Consiglio di Stato; si

« sere destinati all'*uso pubblico* ed alla *difesa nazionale* pas-
« sano dal demanio pubblico al patrimonio dello Stato ».

Due possono essere dunque gli scopi per cui una cosa si dice demaniale:

1.° quando essa è nell'*uso pubblico;*

2.° quando serve alla *difesa nazionale.*

Una cosa è nell'*uso pubblico* (o più semplicemente, *pubblica*) quando essa è destinata all'universale dei cittadini, i quali tutti possono *regolarmente* usarne in quel determinato modo e per quel determinato scopo cui essa è destinata. Per impedire che di essa si abusi (ed a ciò solo dovrebbe la sua ingerenza limitarsi), l'Autorità provvede a che sia mantenuta quella destinazione e quell'uso fino a che l'opportuuità lo consigli o lo imponga la necessità (1). Le cose pubbliche *quantunque a tutti accessibili*, sono realmente di beneficio soltanto a quelli che per *una fortunata condizione di cose* si trovano nella possibilità di usarne. Le cose d'uso pubblico sono secondo il nostro codice: le strade nazionali, il lido del mare, porti, i seni, le spiaggie, i fiumi e i torrenti.

Una cosa è poi demaniale *in quanto giova alla difesa dello Stato.* Si darà tale qualifica ai bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze, alle fosse alle mura ed alle porte della città (2). Se per le cose destinate all'uso pubblico, l'Autorità, arbitra suprema, deve intervenire affinchè di esse si usi regolarmente, ben più elevata è la funzione che essa adempie assumendo sotto la sua immediata tutela le cose destinate alla difesa dei cittadini. Essa deve per mezzo di queste garantire uno dei requisiti più essenziali della sovranità: la sicurezza. Ben si comprende che a sè sola deve avocare questo dovere, essendo essa la legittima esclusiva rappresentante della Società.

Sono quindi intieramente distinte le cose destinate all'uso

---

stabili cioè che per le derivazioni da' fiumi e torrenti occorresse un Decreto Regio di concessione, mentre per le derivazioni da corsi d'acqua minori fosse sufficiente soltanto un Decreto Ministeriale per l'autorizzazione dei lavori a termini dell'art. 170 (lett. *d*) della legge 20 marzo 1865, All. F.

Noi vogliamo dimostrare che le conclusioni, alle quali il Consiglio Superiore dei Lavori pubblici era giunto con criterii tecnici, erano le sole che giuridicamente fossero accettabili.

Intorno ai dissensi tra il Consiglio di Stato ed il Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici relativamente a questa questione, vedi MANTELLINI, *Conflitti di Attribuzioni* (parte II, anni 1871 e 1872, pag. 141), che vi accenna brevemente. La relazione POSSENTI (che se importantissima per le sue considerazioni tecniche, non è però, come l'autore stesso dubita, esente da errori giuridici) trovasi integralmente riportata nel *Giornale del Genio civile*, anno VII, 1869 (parte non ufficiale) a pag. 282.

(1) Fino a quando cioè non si presenti il caso previsto dall'art. 429.

(2) Dagli scrittori comunemente si pongono le porte della città fra le cose inservienti alla difesa dello Stato. Io inclinerei a dichiararle demàniali in quanto inservienti all'uso pubblico, offrendo esse il modo ai cittadini di passare attraverso le mura. Non mette il conto di occuparci di questa questione.

pubblico, da quelle destinate alla difesa nazionale e per gli scopi loro e per la loro stessa natura. Questa distinzione è stabilita anche nel codice civile generale austriaco, nel quale al § 287 si dichiarano *pubblici* ed *universali* (1) quei beni di cui liberamente può usarsi da ognuno, e che quantunque posti sotto la diretta ed immediata tutela governativa hanno per iscopo di servire al pubblico uso, mentre invece si intendono del fisco, giusta la tradizione romana, le cose inservienti alla difesa sociale (2).

§ 6. Comunque siasi, è però evidente che cosa demaniale (non tenendo conto del secondo significato che essa ha di cosa inserviente alla difesa nazionale, di cui non giova occuparci) essendo quella che è nell'*uso pubblico*, come nell'*uso pubblico* sono le cose pubbliche (non è che una tautologia), differenza alcuna fra cosa pubblica e cosa demaniale non può esistere.

Questa è conseguenza necessariamente dedotta dall'identità della loro natura, e dei loro scopi.

Possiamo quindi riconoscere per vero questo primo enunciato che cioè non esiste alcuna antinomia fra il concetto di *cosa pubblica* e di *cosa demaniale.*

§ 7. Senonchè, ad eliminare ogni obbiezione, è duopo avvertire che oltre al significato che propriamente si attribuisce a ciò che dicesi *cosa demaniale*, v'è un altro significato che *impropriamente* si dà alle cose di cui parla l'art. 428 del codice, cioè a quei beni che non sono nell'uso pubblico, nè sono destinati alla difesa dello Stato, ma che sono nella esclusiva *proprietà patrimoniale* dello Stato, che dallo Stato sono amministrati, come un privato farebbe delle cose sue (3).

§ 8. Potrebbe convenire ai fiumi e torrenti questa denominazione di « cosa demaniale », che *impropriamente* si dà alle cose appartenenti allo Stato?

Da quanto abbiamo premesso, evidentemente che no.

---

(1) Quest'ultima denominazione sarebbe appunto quella da seguirsi, come la più esatta scientificamente. Delle cose pubbliche non può vietarsi l'uso neppure agli stranieri per parità di trattamento.

(2) Anche il codice francese, dal quale più direttamente deriva il nostro, ammette questa distinzione, che ha del resto il suo fondamento nella logica:

Art. 538. Tutte le strade che sono a carico dello Stato, i fiumi, le riviere navigabili od inservienti al trasporto, le rive, i luoghi occupati e quindi abbandonati dal mare, i porti, i seni, le spiagge e generalmente tutte le parti del territorio dello Stato non suscettibili di privata proprietà, sono considerate come pertinenza del Demanio pubblico.

Art. 540. Le porte, mura, fosse, bastioni delle piazze da guerra e delle fortezze fanno similmente parte del Demanio pubblico.

(3) Delle cose pubbliche (demaniali) lo Stato non è invece che il *depositario:* la la sua ingerenza deve limitarsi solo a sopravvegliare alla regolarità degli usi: esso amministra i beni pubblici, come un tutore farebbe delle cose del suo pupillo od un mandatario delle cose del suo mandante, ed i privati (considerati come membri dell'aggregato che dicesi Stato) ne sono collettivamente i veri proprietari (PROUDHON, *Du Dom. Publ.*, cap. 15.

La legge 29 marzo 1865 All. F. esplicitamente dichiara che anche quei corsi d'acqua (anzi questi principalmente), tra gli altri, sono *pubblici*. Non possono dunque dirsi *proprietà aptrimoniale* dello Stato: queste due qualifiche sono incompatibili.

E di ciò è anche prova evidente il fatto dell'avere il legislatore menzionati i fiumi e torrenti là dove tratta delle cose inservienti al pubblico uso. Se invero tra le cose annoverate all'art. 427 si vuole ammettere che ve ne sia alcuna appartenente al patrimonio dello Stato, perchè il legislatore l'avrebbe posta tra le cose d'uso pubblico, e non l'avrebbe invece menzionata al susseguente art. 428 dove trattasi delle cose che son patrimonio dello Stato? Che se si obbietta che la formola adottata dall'art. 428 è generale, e il legislatore può per sue ragioni speciali non averne voluto parlare in esso articolo, potrà sempre domandarsi quale sia la ragione che lo avrebbe indotto a farne menzione nell'art. 427.

Potrebbesi anche aggiungere che gravi ragioni di convenienza sociale non permettono si considerino fra i beni privati dello Stato cose le quali, oltre ad arrecare, anzichè proventi, oneri gravosissimi allo Stato, interessano la ricchezza e sicurezza generale del paese (1).

§ 9. Per le suesposte ragioni devesi dunque recisamente escludere un *diritto di proprietà* a favore dello Stato sulle acque pubbliche; ma si deve invece concludere che tutte le cose di cui tratta l'art. 427 del codice debbono dirsi *demaniali*, nel significato proprio della parola, nel significato cioè di *cose pubbliche* (2).

§ 10. Eliminata questa obbiezione che avrebbe potuto esserci mossa sul significato della parola *demaniale*, resta stabilito che per la cosa che è nell'uso pubblico può usarsi indifferentemente con tutta esattezza scientifica tanto la denominazione di pubblica che quella di demaniale, e che, per quanto riguarda specialmente il soggetto di cui ci occupiamo, *acqua demaniale* non solo vale perfettamente quanto dire *acqua pubblica*, ma non può altresì avere alcun altro significato.

§ 11. Tutto ciò premesso, potrà sembrare anche più apparente la pretesa contraddizione del codice, che all'art. 427 si limita a dichiarar demaniali i fiumi e torrenti, con la legge 20 marzo 1865, all. F, che dichiara pubblici (cioè demaniali) non solo i fiumi

---

(1) Il carattere appunto delle cose patrimoniali dello Stato è questo, che esso debbano arrecare rendite o lucri

(2) Richiamiamo vivamente l'attenzione dei nostri lettori sulla verità delle cose esposte, convenendo giovarci di questi principii scientifici (che riputiamo rigorosamente esatti) per la soluzione di apparenti ingiustificabili anomalie.

Circa la demanialità delle acque pubbliche. v. PERFUMO, *Gazz. del Proc.*, anno 1877. pag. 499. ARCIERI, *Ist. di dir. civ.*, pag. 350, n. 9 e segg. del § 95, pag. 248 e 249 § 20, citati dal GIANZANA, *Delle acque*, vol. 1, pag. 26.

ed i torrenti, ma anche i laghi, i canali, rivi, i fossati ed i colatori naturali.

Della divisione delle acque.

§ 12. Quali sono le acque cui possono convenire le denominazioni di rivi, fossati e colatori naturali? (1).

Se noi accettiamo la definizione data dalla Corte d'appello di Torino nella sentenza del 26 febbraio 1864, per *rivo* s'intenderebbe quel corso d'acqua che dà principio a fiumi e torrenti; per *fossato* o *colatore pubblico* il risultato delle acque fluviali o colaticce che si raccolgono in alvei naturali o manufatti, e vanno a terminare in fiumi, in paludi od in mare (2). Se i *fossati* od i *colatori* siano stati costruiti dalla mano dell'uomo non potranno certo dirsi pubblici, ma privati, e si distingueranno dai canali per la minor copia delle acque. In generale può dunque stabilirsi che le denominazioni di fossato, rivo, colatore, purchè abbiano alveo naturale, non siano altro che denominazioni generiche indicanti quei minori corsi d'acqua che scorrono naturalmente, e che non possono dirsi nè *fiumi* nè *torrenti* propriamente detti. A questi noi riteniamo che convenga la denominazione di *rivi*, e che essi debbano considerarsi come quelle acque di cui parla l'art. 543 del codice (3).

§ 13. Si può quindi concludere che tutte le acque, secondo il sistema adottato dal nostro codice, si ripartiscono in tre categorie:

---

(1) Escludiamo dal nostro studio i laghi ed i canali.

Tacciamo dei primi perchè non possono comprendersi fra i *corsi* d'acqua; dei secondi perchè fatti per opera dell'uomo. Noi vogliamo occuparci solo dei *corsi d'acqua naturali*, i quali tutti (le sorgenti eccettuate) vogliamo dimostrare demaniali.

I laghi ed i canali (detti anche bealere o rogge) possono essere tanto pubblici che privati. A difesa della demanialità di quei laghi e canali che son pubblici, resta sempre quanto saremo per dire in relazione della *non tassatività* della formola dell'art. 427 del codice.

(2) Vedi il giornale *La Legge*, IV, pag. 580. — In quella sentenza si definì il fiume: « quella maggior corrente perenne e temporanea, avente corso lento »: il *torrente* « quella maggior corrente d'acqua che ha corso temporaneo ed impetuoso, ed è alimentata dalle acque pluviali, e dallo squagliamento delle nevi ».

Quanto alle definizioni dei *fiumi, torrenti, fiumicelli, rivi*, ecc., vedi il parere del Cons. Sup. dei Lav. Pubbl., del 18 marzo 1882, che più innanzi riportiamo. Vedi anche il GIANZANA, *Delle Acque*, I, pag. 32 e segg., in nota; DIONISOTTI, *Delle Servitù*, § 46. pag. 35.

Una massima assai notevole stabilita nella succitata sentenza, e che occorre tener sempre presente, è questa, che in materia d'acqua l'antica e perenne osservanza è un fondamentale criterio per la misura dei diritti.

(3) Il PACIFICI-MAZZONI, dice che forma oggetto dell'art. 543 l'acqua di tutti i rivi, fossi e ruscelli che sono alimentati da fonti sotterranee, sieno di corso visibile, sieno d'infiltrazione e degli scoli delle sorgenti pubbliche o private. *Comm.* § 116.

1.° *fiumi e torrenti* propriamente detti;

2.° tutte le acque, alle quali più specialmente conviene la denominazione generica di *rivi,* delle quali tratta l'art. 543, e che talvolta designeremo colla denominazione di *corsi minori,*

3.° tutte le *sorgenti,* cioè quelle acque che scaturiscono in un fondo privato, del quale sono accessione.

Le prime due categorie di acque sarebbero, secondo la tesi che noi propugniamo, demaniali, e perciò soggette all'autorità amministrativa, la terza intieramente privata, nell'assoluto e pieno dominio del proprietario finchè si trovano nel suo fondo.

Siccome non si disputa della natura giuridica delle acque della terza categoria (le sorgenti), tutti i giureconsulti concordemente ammettono essere proprietà privata di colui nel cui fondo emergono, e poichè, d'altra parte, la pubblica Amministrazione non vi è in alcun modo interessata, escluderemo questa categoria dal nostro studio.

Della demanialità dei fiumi e torrenti.

§ 14. Quantunque l'art. 427 del codice non faccia alcuna eccezione nel riconoscere la demanialità dei fiumi e torrenti, pure non è ancora del tutto posta fuori di discussione la teoria per la quale *non tutti* i fiumi e torrenti sarebbero pubblici e demaniali.

Questa teoria è difesa dal Romagnosi, la cui opinione può ancora esser presa in esame in tale controversia, poichè il nostro codice non differisce sostanzialmente dal codice austriaco, anche ai suoi tempi in vigore. Il Romagnosi sostiene recisamente che nella disposizione del § 287 del detto codice (identica, per quanto riguarda la materia delle acque, al nostro art. 427) debbono intendersi pubblici non già *tutti* i fiumi e torrenti, ma quelli soltanto che sono *navigabili od atti al trasporto.*

Ecco gli argomenti ch'egli adduce in sostegno della sua tesi:

1.° Quantunque il codice austriaco nomini solamente i fiumi e torrenti, senza l'aggiunta *navigabili od atti al trasporto,* questa qualità nondimeno dev'essere sottintesa, perchè il criterio che distingue il pubblico dal privato è appunto tratto dalla destinazione e dall'uso della cosa.

2.° In forza dell'art. 5 del codice austriaco e della relativa patente posta in fronte al medesimo, i diritti già acquistati in forza di leggi o di atti anteriori rimangono nella loro fermezza; dunque, quanto a noi, egli seguita, dovrebbe, come devesi, riguardare di ragione pubblica soltanto quel fiume che è navigabile od atto al trasporto, e solamente nei luoghi dove incomincia ad esser tale, o nei quali egli rimane e presenta questa facoltà. I privati tutti aventi interesse acquistarono il diritto competente di proprietà, o, diciamo meglio, questo diritto fu a

loro restituito, rivendicandolo dalle mani dei feudatarii o di altre persone privilegiate, le quali contro ragione si arrogavano un diritto a loro incompetente.

3.° Finalmente trova un ultimo argomento nel § 407 del codice austriaco (a cui fa riscontro l'art. 457 del nostro) che dispone che le isole formate nei fiumi navigabili od atti al trasporto sono riservate allo Stato. « È per sè noto, afferma « egli, che l'alveo segue la natura dell'acqua, come l'acqua « segue la natura dell'alveo. Se dunque viene dichiarata di ra- « gion privata ogni isola che non sorge in un fiume navigabile; « e per lo contrario vengono ritenute come riservate allo Stato « quelle sole che sono formate nei fiumi navigabili, egli è per « sè manifesto, essere senso del legislatore di riguardare sol- « tanto come pubbliche le correnti navigabili e nulla più » (1).

Ma a queste osservazioni non è disagevole il rispondere con molteplici argomenti. Perciocchè limitandosi in primo luogo la legge a trattare dei fiumi e delle riviere (torrenti) senza determinarne l'attitudine alla navigazione ed al trasporto, non è lecito sottintendervi espressioni che diano un senso restrittivo non preveduto dalle parole con cui è espressa la disposizione legislativa.

Se la navigabilità di un fiume è il criterio principale per cui esso è considerato pubblico, non si debbono perciò disprezzare gli altri criterii, che del pari ne determinano la pubblicità, se questi siano sufficienti a sottrarre un corso anche non navigabile al dominio dei privati. Il codice, così facendo, si è conformato al diritto romano che non esige punto che un fiume, per essere pubblico, debba essere navigabile od atto al trasporto.

Secondariamente, se in un corso d'acqua ciò che ne contraddistingue la sua qualifica di pubblico o privato è la destinazione e l'uso, ciò non conduce punto alla soluzione della questione, poichè trattasi di sapere quale sia l'uso a cui il legislatore ha destinato i fiumi e le riviere.

Non è in terzo luogo sufficiente l'argomento relativo alla non retroattività della legge, poichè anzi debbono considerarsi tutti gli atti fatti precedentemente come indebite usurpazioni. A ciò appunto il Romagnosi stesso allude, quando dice che il diritto di proprietà fu rivendicato dai feudatarii che lo avevano indebitamente usurpato, per essere restituito ai privati (2).

Finalmente non ci pare attendibile neppure l'ultimo argomento dell'illustre giureconsulto. Le isole dei fiumi navigabili, egli dice, appartengono allo Stato; dunque le isole dei fiumi non navigabili sono dei privati. Ma, poichè le isole altro non sono che l'alveo che emerge, così dunque gli alvei dei fiumi

---

(1) *Condotta*, I, lib. II, capo 1.°, § 1 in nota.

(2) Vedi il dizionario amministrativo VIGNA e ALIBERTI alla parola *Acque*, 28.

non navigabili appartengono ai privati. Ora, poichè l'acqua segue la natura dell'alveo, e l'alveo quella dell'acqua, così l'acqua d'un fiume non navigabile sarà privata, come privato è l'alveo. Dunque è vero che i fiumi non navigabili o non atti al trasporto son privati, e pubblici sono quelli navigabili ed atti al trasporto.

Il sofisma giuridico sta nel ritenere che esista relazione alcuna tra la proprietà delle isole e la natura giuridica delle acque. Il legislatore non ha punto voluto ammettere questa corrispondenza, sulla quale fonda il Romagnosi il suo sottile ragionamento, e che, per essere conseguente a sè stesso, dovrebbe incominciare dal dimostrare. Il principio che l'alveo segua la natura delle acque, e viceversa, si può ammettere solo per quelle legislazioni appunto che non abbiano la disposizione relativa alle isole nate nei fiumi navigabili od atti al trasporto, e non già pel nostro codice o per l'austriaco. Se il legislatore ha creduto queste sole di tale importanza da dichiararle demaniali, escludendo invece dal novero delle cose demaniali quelle che nascono in un fiume non navigabile od atto al trasporto, è d'uopo cercar le ragioni che lo hanno spinto ad emanare una tale disposizione negli interessi della navigazione e della fluitazione che egli voleva assicurati, ai quali interessi avrebbesi forse potuto portar pregiudizio abbandonando ai rivieraschi la proprietà delle isole nate nei fiumi navigabili od atti al trasporto, mentre di niun interesse appariva essere la pertinenza demaniale delle isole nate negli altri corsi d'acqua non navigabili, nè atti al trasporto (1).

§ 15. La teoria del Romagnosi che risente dell'influenza del sistema francese (il quale vuole demaniali soltanto quelli tra i fiumi e torrenti che sono navigabili ed atti al trasporto) non è ormai accettata da alcun giureconsulto. Si ammette ora come posto fuori di questione che il criterio della navigabilità non sia quello che il codice ha voluto adottare per riconoscere se un fiume sia oppur no demaniale.

Ma se questa teoria, assolutamente erronea, è ora sconfessata, vorrebbesi però, per altre considerazioni, da altri scrittori venire alle medesime conseguenze, cioè che *non tutti* i fiumi e torrenti siano demaniali.

Il tribunale civile di Torino con sentenza del 23 febbraio 1862 ritenne non demaniale il torrente Orlongo per esserne l'acqua *di poca entità ed importanza,* e perciò *non avente il carattere*

---

(1) A solo titolo di notizia avvertiamo che ammettendo la teoria che un corso d'acqua sia pubblico solo ed in quanto sia navigabile, bisogna nei corsi d'acqua navigabili distinguere la parte inserviente agli altri usi: la prima sarebbe pubblica, la seconda di proprietà patrimoniale privata dello Stato.

Se non fosse inutile affaticarci dietro tale questione, saremmo tentati di riportar qui le mirabili considerazioni che il ROMAGNOSI fa sull'argomento. Vedi *Cond. delle acque,* § 10, p. 1.ª, lib. I.

di acqua pubblica. Il Pacifici-Mazzoni, che riporta quella sentenza, si fa appunto la questione: se i torrenti propriamente detti (cioè i *non perenni* giusta la tradizione latina) siano oppur no demaniali; e, pur riconoscendo la necessità di esaminare ogni singolo caso, la risolve nel senso contrario: « se atteso il « volume d'acqua che conducono e la durata del loro corso « hanno una rilevante importanza, sono demaniali, altrimenti « no » (1).

Ammettendo questa teoria, si avrebbe per criterio della demanialità d'un'acqua questo principio assai indefinito, che essa debba essere di *una certa importanza;* il che non è ammessibile, niuna disposizione di legge autorizzando questa interpretazione.

Conseguentemente a questa sua teoria, il Mazzoni aggiunge: « Non parmi però che si debba disprezzare quest'altro cri- « terio: che cioè quando l'acqua del torrente è sufficiente sol- « tanto, sebbene con una certa latitudine, ai bisogni d'irriga- « zione de' fondi attraversati o costeggiati, o alle probabili « industrie, che i riverani possono stabilire lungo il corso del- « l'acqua, debba il torrente ritenersi privato; che quando invece « eccede di molto le esigenze di quelle irrigazioni e di quelle « industrie si debba reputar demaniale » (2).

Il Ricci ed il Gianzana parimenti ammettono che quando un corso d'acqua non presenti il carattere d'interesse generale, debba ritenersi privato, quantunque sembri non vogliano ammettere questa regola pei torrenti.

§ 16. In ogni modo l'attuale giurisprudenza amministrativa e giudiziaria è recisamente contraria a tutte queste erronee distinzioni.

Tale principio fu infatti ammesso dal giudicato del 1.° agosto 1864 del tribunale circondariale di Benevento (causa Pacelli contro Iacobelli)..... « Attesochè è un fatto innegabile dichiarato dallo stesso sig. Pacelli ed assicurato dalle perizie eseguite, che le sorgenti che scaturiscono nel fondo Pezza del Lago, animano il corso o fiume *Grassano* nel quale hanno avuto ed hanno attualmente il loro declivio naturale. Il *Grassano* indubitatamente è un fiume pubblico; tale è stato ritenuto e dichiarato dal Governo, con la concessione del canale d'irrigazione fattane al sig. Iacobelli, e per la sua propria natura e qualità: *Publicum flumen esse Cassius definit quod perenne sit* (L. 1 ff. *De Flum.*). *Sed si aut navigabile est, aut ex eo aliud navigabile sit* (L. 2 *Cod.*, e L. 10, § 2 ff. *de aqua*). Or il *Grassano,* che è un corso d'acqua perenne per sè stesso rigoglioso ed abbondante, mette foce nel Calore, e questo nel Volturro,

---

(1) In quest'opinione conviene il prof. De Crescenzio, che mi onoro di aver avuto a maestro, nel suo trattato sull'*Accessione* (Vedi l'*Enciclopedia giuridica italiana*, vol. I, fasc. IV, p. 272, § 154).

(2) Pacifici-Mazzoni, *Comm.* art. 426-429.

« I fiumi sono stati troppo giustamente assimilati ad un albero immenso, di cui il tronco riposi sul mare, e le branche e i rami si estendano sulla superficie di un grande bacino. Il tronco dunque non potrebbe naturalmente esistere indipendentemente dai rami, e questi dalle infiltrazioni che lor dànno origine. Per il che la conservazione delle parti principali è subordinata alla conservazione delle parti più piccole, perchè da queste viene formato il tronco principale.

« Attesochè con la legge del 2 agosto 1806, art. 8 fu stabilito che « i fiumi, abolito dunque il diritto feudale, restano di proprietà pubblica, e l'uso di essi dovrà essere regolato secondo gli stabilimenti del diritto romano ». E ad allontanare equivoci, e meglio dichiarare e determinare l'uso di coteste pubbliche acque, furono indicate le norme e date le istituzioni con la famosa circolare del Ministro di giustizia del 13 settembre 1809, i principii della quale sono stati sempre in osservanza presso di noi, come fu dichiarato con le ministeriali del Ministro dell'interno dell'11 novembre 1840 e 28 aprile 1841, poscia col rescritto del 26 maggio 1853. Così non ha potuto più tornar dubbio che « *i fiumi sieno navigabili o atti al trasporto, o nol sieno, sono tutti dichiarati di proprietà pubblica e di pertinenza del pubblico demanio*, servendone le acque agli usi delle popolazioni e dell'agricoltura; e però l'uso o la derivazione di queste acque per qualunque privato bisogno è permesso, in quanto non noccia all'uso pubblico e generale ».

« Per tal modo può bene al sig. Pacelli essere lecito di servirsi delle sorgenti che sgorgano nel fondo Pezza del Lago pei bisogni e per gli usi che meglio crederà, ma sempre per quanto si riferisce all'uso senza che possa mai deviarle, forzarle o impedire che vadano altrove a scaricarsi, che pel loro declivio naturale nel corso o fiume *Grassano;* altrimenti verrebbe ad essere sottratta a questo una parte, e forse la maggiore delle acque che lo animano e lo rendono sì rigoglioso..... » (1).

Anche il Consiglio superiore dei lavori pubblici ed il Consiglio di Stato convennero in questa teoria (2).

§ 17. Allo stato attuale della giurisprudenza quindi, nelle questioni di demanialità d'acque, sarebbe solo ricevibile l'eccezione che dimostrasse il corso mancante dei requisiti necessari che lo caratterizzano fiume o torrente. L'eccezione che tendesse

(1) Vedi il giornale la *Legge*, anno V, pag. 22 e 23. La medesima teoria ammise la Corte di cass. di Palermo con sentenza del 12 luglio 1878. (Vedi *Il Circolo giuridico*, vol. IX, pag. 585); e la Corte d'appello di Palermo con sentenza del 18 settembre 1874 (Vedi *Il Circolo giuridico*, vol. VI, pag. 171).

(2) Vedi parere del febbraio 1880 (sezione di Grazia e Giustizia), ricorso Brusoni, Decisione 9 aprile 1872, causa Pensabene, per usi d'acqua sul Patri, ecc. — Vedi MANTELLINI, *Conflitti d'attribuzioni in Italia*, parte II, anni 1871 e 1872, pag. 47.

a dimostrarlo *non navigabile* non potrebbe essere giuridicamente ammessa (1).

Non potrebbe parimenti riceversi l'eccezione che si muovesse sulla non demanialità del corso d'acqua, non per trovarsi compreso negli elenchi che si compilano dall'Amministrazione per determinare di quali corsi d'acqua navigabili assuma lo Stato la competenza passiva, perchè tali elenchi si compilano non già a riconoscimento della pertinenza del Pubblico Demanio, ma al solo scopo di stabilire ad uso amministrativo di quali corsi di acqua spetti la manutenzione allo Stato.

Noi che vogliamo dimostrare la demanialità di tutti i corsi naturali, eccezion fatta per le sorgenti, non possiamo certo non ammettere la demanialità di *tutti* i fiumi e torrenti: la prova della demanialità dei fiumi e torrenti non navigabili incombe però a coloro che negano alle acque di cui all'art. 543 del codice i caratteri di acque pubbliche. Riteniamo non ostante opportuno avvertire che ove la nostra tesi (la cui esattezza ci pare evidente) non venisse accettata, inclineremmo noi pure a ritener demaniali tutti i fiumi e torrenti, senza eccezione alcuna, e qualunque sia la qualifica di cui possano essere affetti, giusta la teoria comunemente adottata.

Dell'interpretazione degli articoli 543 e 544 del Codice.

§ 18. Eliminata così la questione se *tutti* i fiumi e torrenti siano oppure no demaniali, veniamo ad esaminare se le acque della seconda categoria ed alle quali abbiam detto potere convenire la denominazione generale di *rivi*, siano pubbliche (demaniali).

Anzitutto vediamo quale sia l'interpretazione che possa darsi degli articoli 543 e 544 del codice, che di tali acque appunto si occupano, per quanto riguarda più direttamente *la quantità dell'acqua* di cui i riverani possono usare nei loro rapporti vicendevoli. Dichiarando questo punto noi verremo più facilmente a conoscere quale sia la natura giuridica delle acque stesse (2).

---

(1) È tanto vero che la qualifica di navigabile data ad un corso d'acqua non equivale, come dicesi, a quella di *pubblico*, che la Corte di cassazione di Firenze con sentenza del 31 dicembre 1875 (Camovitto contro Ventura), giudicava essere privato il corso d'acqua detto Termine, ancorchè navigabile. Vedi il giornale *La Legge*, anno XVI, pag. 306.

(2) Esce dal campo che ci siam prefissi, il trattare delle quistioni speciali cui all'art. 543 dà luogo; come per esempio, esaminare sin dove e come debbasi estendere l'obbligo di restituire le colature e gli avanzi al corso ordinario; se il proprietario riverano possa servirsi dell'acqua che gli spetta a beneficio di altri fondi non riverani che gli appartengono; se ciò possa fare anche conducendo le acque attraverso ad altri fondi intermediari; se possa cedere ad altri il diritto che gli si compete sull'acqua corrente; se le parti di un fondo godente diritto a derivare, possano, dopo esserne state separate, godere anch'esse di tal beneficio, ecc. Ci occupiamo dell'interpretazione dell'art. 543 e del seguente, solo in quanto possano giovare a determinare la natura giuridica delle acque di cui ivi si tratta.

§ 19. L'art. 543 contempla due casi: che un fondo confini con un'acqua che scorra naturalmente, o che sia da questi attraversato. Dell'uno e dell'altro dei due casi occorre brevemente dare qualche cenno.

A proposito del secondo dei due casi accennati, ecco quanto dice il Romagnosi, che in questa materia sopra tutti gli altri giureconsulti nostri e stranieri come àquila vola: « Il proprietario del fondo attraversato da un'acqua che scorre naturalmente rassomiglia al proprietario di un'acqua che sorge naturalmente nel proprio fondo, talchè rispetto al proprietario del fondo inferiore può usare dello stesso diritto, che riguardo a lui usato viene dal proprietario superiore della sorgente. L'acqua, egli può dire, s'introduce naturalmente nel mio fondo. Essa è un beneficio che la natura mi comparte: niun confinante nè a destra nè a sinistra può reclamare diritto veruno su di essa. Quando io abbia concertate le cose col proprietario superiore, niun altro ha diritto di limitare i vantaggi che io posso ricavare dall'acqua che esiste nei miei terreni..... Ma questo linguaggio può forse egualmente convenire al padrone del fondo semplicemente bordeggiato da un'acqua privata che decorre naturalmente? È evidente che no. Imperocchè se egli ne facesse uso, il padrone del fondo che a lui sta incontro potrebbe con egual ragione ritorcerlo contro di lui. Egli dir potrebbe: io sono al pari di voi ammesso dalla legge e dalla natura ad usare dell'acqua che bordeggia il mio fondo; e quindi come io non posso avere un diritto esclusivo, così pure non lo potete aver voi medesimo. I rapporti quindi reali di diritto non sono nè per voi, nè per me simili a quelli del proprietario del fondo attraversato, poichè esso non ha a fronte sua un coutente e un comproprietario come siamo noi rispettivamente. La natura dunque delle cose e dei diritti scambievoli esige una transazione fra di noi, e quindi una limitazione nell'uso delle acque » (1).

Questa transazione che i due frontisti fanno tra loro è imposta dalla identità di condizione che essi hanno l'uno rispetto all'altro. Ma se questa identità di condizione non esiste?

Supponiamo che A e B siano proprietari di due campi costeggianti un rivo, l'uno di fronte all'altro, aventi la stessa grandezza e gli stessi bisogni. È chiaro che A e B debbano di necessità limitare le pretese che volessero accampare sulla proprietà esclusiva delle acque. La legge ad ambedue concede il medesimo diritto alla derivazione, e l'uno e l'altro trovansi nella identica condizione di diritto. Fin qui non v'è luogo a contestazione.

---

(1) Romagnosi, *Della condotta delle acque*, parte I, lib. I, § 31.
Il Daviel con felice espressione così definisce i diritti dei frontisti: « In generale i due corriverani opposti *possono* insieme tutto quello che potrebbe colui che riunisce le due rive nella sua mano ». (*Des cours d'eau*, II, n. 592).

Così pùre non vi sarebbe luogo a contestazione se A fosse proprietario d'un campo e B d'un opificio, e l'uno e l'altro abbisognasse delle acque nella identica misura. Come nella prima ipotesi, è chiaro che di comune accordo l'acqua sarà ripartita per metà fra i due corriverani, poichè il Legislatore ama e protegge nella medesima misura l'agricoltura e le industrie senza predilezione per l'una o le altre (1).

Fin qui siamo nel caso dell'art. 543. Esaminiamo ora l'articolo 544, che non è altro che dichiarazione e complemento del precedente.

Facciamo una terza ipotesi. Supponiamo che A abbia bisogno di un modulo d'acqua per la coltura dei suoi campi, e che B proprietario di un fondo o d'un opificio (ciò riesce indifferente) abbisogni di moduli due, mentre le acque portate dal rivo non ascendono appena che a quest'ultima misura. Si comprende che gl'interessi dei due proprietari vengono ad urtarsi fra loro: non disputasi nell'abbondanza, ma nella penuria. Si dovranno ripartire le acque per metà? Mentre il proprietario A che abbisogna appunto della metà dell'acqua, ha quanto occorre per la coltura dei suoi campi, dovrà risentire B soltanto la scarsità dell'acqua? Ma ciò è iniquo. Hanno ambedue uguale diritto: l'acqua non è sufficiente; ambedue debbono dunque risentire il peso della scarsezza. Altrimenti B potrebbe convenire A perchè con la sua ingordigia impedisce si giovi dell'acqua necessaria *all'esercizio delle sue industrie*, che la legge con la disposizione dell'articolo 543 espressamente vuole protette, e la sua azione non potrebbe non essere ammessa dal giudice. Ond'è che si presenta di nuovo la prima ipotesi, ma dal lato opposto: mentre in quella i due rivali si ripartivano il beneficio dell'acqua, in questa ciascuno degli avversari vedendo l'altro armato dei suoi stessi diritti, e costretti dalla necessità a stringere, si riportano in ugual misura il peso della sua scarsezza.

§ 20. Il diritto che i due frontisti hanno sull'uso dell'acqua non è come vedesi, un diritto assoluto, ma soltanto relativo. Per conoscere quale è la quantità d'acqua che un proprietario possa derivare da un rivo non basta affermare che questi è un frontista ed abbisogna dell'acqua per la coltura dei suoi campi o l'esercizio delle sue industrie, ma è duopo anche conoscere i bisogni del proprietario opposto. E la conciliazione di questi in-

---

(1) Il nostro codice ha avuto il merito di riconoscere pel primo questo principio, gli altri codici accordavano il diritto a derivare solo a beneficio dell'agricoltura, quantunque la giurisprudenza riconoscesse pari diritto a chi voleva usare delle acque anche a scopo industriale. In Francia, dove esiste tuttora quella disposizione restrittiva, l'HENNEQUIN, il DUFOUR, il DEMANTE ed altri pochi giureconsulti rifiutano che possano esaurirsi le acque per altri usi che non sia quello dell'agricoltura, ma quest'opinione è generalmente combattuta. Con la disposizione dell'art. 543 in Italia non vi ha più luogo a dubitare che l'agricoltura e l'industria abbiano la stessa importanza.

teressi cozzanti tra loro, è appunto il problema che deve risolvere il magistrato, il quale non solo dovrà tener conto della proporzionalità degli interessi, ma anche delle giuste pretese degl'inferiori (1).

§ 21. Queste considerazioni a noi paiono interpretare così esattamente il disposto dei due articoli che commentiamo, da non poterci capacitare come il Gianzana, nella sua importante opera: *Delle Acque* (Vol. I, N. 199, pag. 276), abbia potuto ritenere spettare ai frontisti la proprietà delle acque del rivo in *giusta metà*. « ...... Trattandosi del rivierasco da una sola parte egli dice, esso avrà in confronto del rivierasco che lo fronteggia, tanta acqua del rivo quanta è la sua fronte. » E pone a corredo della sua dimostrazione una figura (fig. 32 la cui poca corrispondenza col testo ci lascia incerti dell'interpretazione che l'insigne giureconsulto vorrebbe dare degli articoli che commentiamo. Tutto ci fa credere però che senza tener conto dell'estensione dei terreni di ciascun proprietario, vorrebbe si dovesse solo aver riguardo all'estensione della fronte che i terreni stessi hanno sul rivo, e uniti i termini di essi con linee, si tracciasse la linea mediana del rivo, distribuendo le acque per metà all'uno e all'altro frontista.

Il Legislatore in questa materia delle acque, che è tra tutte la più facile a suscitare ardenti controversie, ha avuto sempre in mira l'equità. Ora sembrerebbe equo col sistema proposto dal Gianzana che un proprietario d'una striscia di terreno costeggiante il rivo, avesse uguale diritto del proprietario d'un vasto tenimento che è sulla sponda opposta, ma che fronteggia il rivo da una piccola parte soltanto? (2). Ove si adottasse tale teoria, un povero proprietario d'un mulino, che non abbia, come assai spesso avviene, che pochi metri di terreno attorno al suo opificio, non potrebbe mai ottenere l'acqua necessaria alla sua industria.

---

(1) Gl'inferiori, per essere esatti, non hanno alcun diritto rispetto alla ripartizione delle acque fra i superiori. Quando questi adempiano all'obbligo loro di restituire le colature e gli avanzi al corso ordinario, gl'inferiori non possono accampare nessuna pretesa per impedirne il legittimo uso a loro favore, anche se l'acqua essendo molto scarsa e sproporzionatamente inferiore ai bisogni dei proprietari a monte, non vi fossero avanzi o colaticce da usufruire. (Sentenza 4 settembre 1867 della Corte di cassazione di Torino (causa Burlando e Boerio). Vedi il giornale *La Legge*, anno VII, parte I. pag. 1013 nonchè l'altra della Corte di cassazione di Palermo del 7 febbraio 1871 (causa Agnello e Burgio) che si discosta dalla teoria della Cassazione di Torino (Vedi *La Legge*, anno XI, parte I, pag. 459 *bis*). Nella ripartizione delle acque tra i frontisti superiori, dovrebbe però sempre il giudice favorire quello dei due proprietari il cui uso non esaurirà l'acqua, ma ammetterà al godimento di essa anche gl'inferiori. Tutto ciò è abbandonato intieramente al discernimento del magistrato.

(2) La giurisprudenza è contraria a questa teoria. La Corte di appello di Torino con sentenza dell'8 luglio 1871 (causa Olivetti Delgrasso ed altri) stabilì che il riparto delle acque debba farsi *in ragione della superficie* dei beni. senza riguardo nè alla pratica anteriore, nè al genere di coltura (Vedi il giornale *La Legge*, XI, parte I, pag. 1027).

§ 22. Gli autori in generale convengono nella nostra opinione.

Il Borsari (*Comm.* § 1104), a dire il vero, si mostra alquanto incerto se l'acqua d'un rivo debba dividersi in parti uguali fra i riverani, senza tener conto del maggiore o minore bisogno che possono avere, posti l'uno a fronte dell'altro, oppure se la ripartizione debba esser fatta in base al bisogno sentito. Ecco infatti quanto egli dice: « Non è stato mai ben definito se l'acqua che scorre naturalmente fra due fondi sia comune nel senso che due proprietari se l'abbiano a dividere in parti eguali, giusta il principio dell'articolo 674 ». Più innanzi però così risolve il suo dubbio: « Io non credo che il codice abbia seguìto la legge dell'equilibrio, perchè tanto dell'acqua debba darsi all'uno e tanto all'altro, come un ruscello, *che si partono tra loro le peccatrici* per lavare le immondizie loro. Credo piuttosto che si è voluto soccorrere ad ogni bisogno, quando sia possibile, con quella prevalenza sugl'inferiori che conceda la priorità del luogo ».

Il Ricci è recisamente contrario alla teoria del Gianzana, quantunque egli stesso ammetta un *diritto di proprietà* in favore dei riverani, il che, a dire il vero, si oppone al concetto della *conciliazione degli interessi,* come vedremo più innanzi. Ecco quanto dice in proposito:

« In qual modo debbono determinarsi i diritti di usare della acqua corrente nei rapporti tra due frontisti? Se si dovesse aver riguardo al diritto di proprietà soltanto, l'acqua appartenendo a porzioni uguali ai due rivieraschi, per estendere ciascuno il suo confine alla linea mediana della corrente, non potrebbe essere usufruita dai due frontisti, che prendendone ciascuno una metà.

« Tale però non è il senso dell'art. 543. Imperocchè il medesimo non mira già ad estendere il diritto di proprietà, sibbene a restringerlo nell'interesse dell'agricoltura e dell'industria. La legge vuole che entrambi i frontisti usino dell'acqua per irrigare o per uno scopo industriale; *il limite adunque di questo diritto non è nella proprietà, bensì nelle esigenze dell'agricoltura e dell'industria, a cui beneficio l'acqua si converte* (1). Suppongasi infatti che l'un frontista abbia un fondo molto esteso, o che in esso esista un opificio, laddove l'altro abbia piccolo tratto di terreno da irrigare. Se concediamo ai due frontisti il diritto di dividersi esattamente per metà l'acqua corrente, essa sarà insufficiente ad un d'essi, e superflua all'altro con manifesto scapito degl'interessi agricoli o industriali. É necessario adunque che l'uso fra i due frontisti sia regolato in riguardo all'estensione dei fondi irrigabili, od agli stabilimenti industriali esi-

(1) Nel che conviene anche il Gianzana (I, 277); ma non riesco a comprendere come ciò potrebbe armonizzare con la sua teoria.

stenti nei medesimi. E qui appunto è il caso di applicare il potere discrezionale concesso dall'art. 544 al magistrato, secondo il quale esso risolverà le controversie insorte tra più proprietari, a cui l'acqua può essere utile, conciliando gl'interessi dell'agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla proprietà. Onde il giudice, avuto a tutte cose il debito riguardo, stabilirà se i due frontisti debbano godere dell'acqua metà per ciascuno, ovvero se all'uno debba assegnarne un terzo, un quarto, ecc. ed il resto all'altro » (1).

Anche il Mazzoni, pur ammettendo una proprietà delle acque del rivo in favore dei frontisti, riconosce così illimitato il potere arbitramentario del giudice, da poter perfino concederla tutta quanta ad un solo (salvo naturalmente compensi al rivale), quando l'acqua sia così scarsa da non potersi utilmente distribuirsi tra entrambi (2).

Non possiamo non osservare però che ammettendo un diritto di proprietà a favore dei frontisti sulle acque del rivo, non sono conseguenti quando ammettono anche che il giudice possa a suo arbitrio ripartirla fra i frontisti nella giusta proporzione dei loro bisogni. Riconoscendo una proprietà in favore dei riverani, il giudice non può aver più la veste di arbitro che il legislatore evidentemente ha voluto dargli col disposto degli articoli che commentiamo, facendo appello al suo discernimento per *conciliare* i varii interessi fra loro cozzanti, ma la sua azione rientrerebbe nella sfera ordinaria, di giudicare cioè fra due diritti.

Per la tesi che noi sosteniamo della pubblicità dei corsi minori d'acqua, è di capitale interesse che si ponga mente alla *quantità dell'acqua,* su cui i rivieraschi han diritto. Se ammettesi un diritto determinato e preciso sopra una data quantità, non v'ha più luogo a conciliazione: la conciliazione vuole un *aliquid dati, aliquid retenti,* e non può costringersi alcuno ad esser privato del suo, se non per espropriazione forzata (3).

---

(1) RICCI, *Comm.*, t. II, pag. 362.

(2) *Comm.*, § 211.

Tutti i giureconsulti francesi (Vedi il LAURENT, *Princ. de droit civ.*, VII, § 277; DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, XI, n. 143; MARCADÉ, *Expl. du cod. Nap.*, § 594; DALLOZ, alla parola *Eaux,* n. 419 e 420, ecc.) riconoscono che la ripartizione delle acque debba esser fatta *in proporzione degli interessi,* e non già per metà nei limiti delle due parti. Anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato francese è costante nel riconoscere questo principio. Vedi il Decreto del 18 aprile 1865 (DALLOZ, 1869, III, 63). Del resto questa teoria non solo è la più equa e la più razionale, ma ha anche per sè la tradizione romana: « Imperatores Antoninus et Verus Augusti rescripserunt aquam de flumine publico *pro modo possessionum* ad irrigandos agros dividi oportere: nisi proprio quis jure plus sibi datum ostenderit. Iidem rescripserunt aquam ita demum permitti duci, si sine iniuria alterius id fiat ». L. 17, ff. *De Serv. praed. rust.* Papyrius Iustus lib. 1.°, *De Const.*

(3) Di ciò tratteremo anche confutando il terzo argomento addotto a sostegno della teoria che le acque del rivo sono *proprietà* dei frontisti.

I due rivali hanno così poco una proprietà sulle acque che costeggiano i loro fondi, che perfino se un di essi per incuria od altra qualsivoglia ragione non usufruisca del suo diritto, il proprietario opposto potrà giovarsi di *tutta* l'acqua finchè l'altro rivierasco non si risvegli dal suo torpore (1). Egli ha in questo caso specialissimo la somma dei diritti che a lui ed al proprietario della sponda opposta apparterrebbe, quasi fosse nella condizione del proprietario d'un fondo attraversato da un rivo. Nè a ciò potrebbero opporsi gl'inferiori, se delle acque si usi convenientemente, poichè interessa che delle acque si usi dal maggior numero possibile di cittadini, e perciò, quanto più a monte è possibile, per conservarne gli avanzi agli utenti inferiori (2).

§ 23. Precisata l'interpretazione che comunemente si dà degli articoli 543 e 544 del codice rispetto alla *quantità d'acqua* di cui i proprietarii costeggianti il rivo han diritto d'usare, vediamo ciò che maggiormente c'interessa, quale ne sia cioè la *natura giuridica.*

Della natura giuridica delle acque di cui l'art. 513.

§ 24. Se i giureconsulti concordano quasi unanimemente nella interpretazione dell'art. 543 del codice per quanto riguarda la *quantità delle acque* di cui possono usare i frontisti, non sono punto concordi nel determinare quale sia la *natura giuridica* delle acque di cui tratta l'articolo che commentiamo (3).

---

(1) La Corte di cassazione di Torino dichiarò con sentenza del 22 maggio 1867 (causa Benzi c. Rabbiono) che il diritto dei frontisti non è tale da impedire nuove e vaste irrigazioni che lo Stato intenda di fare (Vedi *La Legge,* VII, parte 1.ª, pag. 751.

(2) Se un riverano può giovarsi di *tutte* le acque del rivo finchè non sorga controversia, è però incontestabile (la giurisprudenza è concorde su questo punto) che è imprescrittibile il diritto dell'altro rivale, e dovrà quindi, quando ne sia fatta domanda, procedersi alla ripartizione delle acque. Di questa imprescrittibilità dei diritti dei frontisti sulle acque dei rivi, riparleremo a suo luogo (Vedi § 48 e seguenti).

(3) La giurisprudenza francese può essere di giovamento in questa questione, purchè si abbia presente che in quel paese tra le cose demaniali non si pongono già i *fiumi* ed i *torrenti* senza qualifica alcuna, come tra noi, ma si dichiarano demaniali i fiumi e le riviere in quanto navigabili ed atti al trasporto. Tutto ciò che diremo per la nostra legislazione a dimostrazione della demanialità dei corsi minori, si applica interamente alla legislazione francese, avvertendo soltanto che mentre con la nostra tesi si tende a far considerare tra noi pubblici, cioè demaniali, anche i corsi minori, in Francia non solo dovrebbesi ammettere la demanialità di essi corsi minori, ma anche di quei fiumi e torrenti che non sono navigabili od atti al trasporto. Non possiamo non riconoscere che col codice che ivi ha vigore, è assai più difficile la dimostrazione della demanialità dei rivi, che tra noi. In Francia si segue infatti tuttora l'antico sistema (che ebbe la prima origine nei tentativi che si fecero nei tempi medioevali per liberare dal patrimonio del Principe, se non altro i corsi più importanti) col quale si considera la navigabilità d'un fiume

Le varie teorie si possono raggruppare in tre categorie distinte:

1.° I corsi d'acqua di cui all'art. 543 sono *proprietà* dei riverani nei limiti delle loro fronti.

2.° I rivieraschi hanno i rivi *in comproprietà* tra loro.

3.° Debbono i rivi essere classificati tra le *cose comuni* (*res nullius*).

Per ultimo discuteremo le ragioni che ci inducono a ritenere pubbliche, cioè demaniali, le acque di cui ci occupiamo (1).

1.° SISTEMA — I corsi d'acqua di cui all'art. 543 sono proprietà dei rivieraschi nei limiti delle loro fronti.

§ 25. La maggior parte dei nostri giureconsulti ammette in favore dei frontisti un diritto di proprietà sulle acque del rivo. Il Ricci ritiene incontestabile questa teoria, senza nondimeno voler addurre alcun argomento in suo sostegno.

Il Borsari si mostra incerto, ma pare propenda ad ammettere definitivamente quel principio. Ecco quanto egli dice in proposito:

« Il proprietario del fondo attraversato dal corso d'acqua ha il dominio delle ripe e dell'alveo; perchè non avrebbe anche il dominio dell'acqua medesima? Perchè si continua a dire che si può usarne, ma solo le acque apprese vengono in proprietà, e si è tenuto a restituir quelle che abbondano a certi usi demaniali (2)? È un rapporto giuridico che non può definirsi se non nel punto di vista dell'interesse generale onde le acque cor-

---

requisito necessario per dichiararlo d'uso pubblico, mentre noi, molto più saviamente, siam tornati alla tradizione latina, che, pur riconoscendo la prevalenza della navigazione sugli altri scopi ai quali possono esser dirette le acque (Arg. art. 140, Legge 20 marzo 1855, All. F.), riconosce nondimeno pubblico ogni altro uso.

(1) V'è, oltre questi, anche un altro sistema, col quale si vorrebbero porre i rivi nel patrimonio dello Stato. Questo sistema, il meno attendibile fra tutti, non è propugnato da alcun nostro giureconsulto. Consiste nel ritenere lo Stato come erede dei diritti dei feudatari. Con le leggi abolitive della feudalità, si dice, lo Stato ha avocato a sè molti dei requisiti sovrani di cui erasi spogliato. Esso è dunque subentrato nei diritti che spettavano ai feudatari come il solo legittimo rappresentante del Pubblico Demanio. Ai privati si concede soltanto l'uso delle acque, non la proprietà. — Ma la ipotesi su cui tale teoria si fonda, non è ancora dimostrata in modo inconfutabile. — Chi voglia prenderla in esame, può consultare il DUBNERIN, *Des Cours d'eau*, pag. 27; e con maggior profitto il DALLOZ, *Rép.* alla parola *Eaux*. — Delle varie teorie si occupa il NADAULT DE BUFFON nel suo trattato *Des Usines*, t. II, lib. I, cap. I.

(2) Se si ammettesse come il BORSARI propone, che le acque del rivo fossero *dominio* del riverano, come suo dominio sono le ripe e l'alveo, non potrebbe più ammettersi (ciò che egli stesso pur riconosce) che nella ripartizione di esse acque debbasi tener conto dei differenti bisogni dei frontisti, i quali bisogni non corrispondono quasi mai ai *diritti* che essi possono avere: l'opera di conciliazione che si vuole attribuita al magistrato non si ridurrebbe ad altro che all'accertamento di questi diritti. Nella medesima incoerenza cade anche il RICCI.

renti, nel perpetuo loro moto, si considerano non appartenere ad alcuno, poichè trapassando sull'altrui proprietà non vi si fermano tuttavia, non vi pongono stanza, e solo ***non inhaerent*** (1).

§ 26. Anche il Gianzana è renitente ad ammettere che le acque di cui all'art. 543 siano private, quantunque le sue conclusioni definitive riescano concordi a quelle dei giureconsulti citati avanti. Ecco la sua opinione:

« Procedendo per esclusione, possiam dire che l'acqua in disamina non può essere nè di fiume, nè di lago, nè di torrente; o, per usare più propria dizione, l'acqua in disamina non può essere quella che appartiene al demanio pubblico dello Stato, della Provincia e del Comune. Non può nemmeno essere un'acqua privata (e nemmeno patrimoniale dello Stato), sia perchè l'articolo esclude *quella sulla quale altri abbia diritto,* sia perchè vuole, che scorra naturalmente e senza opere manufatte... Possiamo errare, ma per noi, che viviamo in paesi eminentemente agricoli, ove, apprezzandone a giusto titolo il valore, *non vi è acqua, che non abbia padrone,* essendo tutte o demaniali o private, l'articolo ci fa senso, e ci rivela un errore legislativo; non si volle ascoltare, cioè, Giovannetti, il quale desiderava che tutte le acque non appartenenti ai privati, fossero dichiarate demaniali. Se si fosse fatto così, se al sopravvenire del codice si fosse eretta provincia per provincia una statistica delle acque tutte non aventi proprietario, l'art. 543 non avrebbe avuto ragione di esistere; allora, o l'acqua era lasciata al demanio, e le derivazioni sarebbero state regolate dalla legge sui lavori pubblici, vale a dire per singole concessioni, ovvero gli utenti o per titoli o per possesso le dichiaravano proprie (senza che ragioni di pubblica tutela disconsigliassero dal classificarle per tali), ed in tal caso le regole sulla comunione, il possesso diuturno avrebbero governato il diritto degli utenti.

« E così invece abbiamo una disposizione di legge, che è fonte a tante questioni, fra le quali il raccapezzarci è impossibile perchè manca un filo di Arianna, vale a dire un criterio legislativo.

« Ritornando all'argomento, diremo dunque che le acque di cui parla l'art. 543 sono tutte quelle, che non appartengono nè al demanio nè ai privati, ma naturalmente, e senza aiuto di opere manufatte, decorrono (escluse le rogge di utenti e consorzi, aventi carattere di canali artificiali) attraverso fondi di più proprietari; ad es., quelle che provengono da un serbatoio montano, dall'agglomerarsi di vari ruscelli, dal riunirsi delle acque piovane, che sfuggono da una palude, da un fiume o torrente, che sopravanzano all'agricoltura, e che senza l'opera dell'uomo, decadono a luoghi più depressi. Che le acque dal-

(1) Borsari, *Comm.* § 1104.

l'art. 543 siano un *quid sui generis*, lo prova l'art. 102, legge sui lavori pubblici, così concepito: — I minori corsi naturali *di acque pubbliche*, distinti dai fiumi e torrenti con la denominazione di *fossati, rivi* e *colatori pubblici*, sono mantenuti dai proprietari dei beni, che li fronteggiano, ecc. Notiamo però che non è felice, nè esatta l'espressione di acque pubbliche, data a quella dei rivi, essendo private, appartenenti successivamente ai vari rivieraschi » (1).

E più innanzi così conclude:

« Invece tutti quei corsi d'acqua di minor conto, i quali, qualsiasi nome abbiano di rivo, ruscello o colatore, non hanno determinato padrone, che traggono origine, o da derivazioni naturali dei fiumi e laghi ovvero da infiltrazione delle acque su lungo tratto di terreno o da sorgenti naturali, e che attraversano i fondi di molti proprietari a servizio dell'irrigazione, o di usi industriali o della vita, difettando tuttavia del carattere d'interesse generale, dovranno ascriversi fra le acque private, e costituiranno il rivo di cui parla l'art. 543 codice civile » (2).

§ 27. Il Dionisotti dichiara pubbliche le acque dei rivi, e colatori « sebbene siano nel dominio privato », per essere soggette alla tutela della pubblica autorità; però sopra le acque tutte, che sono dichiarate di privata proprietà, non si ha che una roprietà passeggera, mobile, di semplice uso (3).

Il Marcadé nel suo *Comm. al Codice francese* non dubita punto che un corso d'acqua non sia nella proprietà di colui di cui traversa il fondo, o di coloro tra i cui fondi scorre. Però se *in principio* ritiene che i due *proprietari* riverani possano prendere dell'acqua la metà per ciascuno, così poi modifica la sua opinione: « Se un corso d'acqua è veramente una proprietà, è però una specie di proprietà del tutto particolare, e sopra cui si ha un diritto meno assoluto ». Non dice però in che consista questa *specie di proprietà,* e a che sia circoscrito *questo diritto meno assoluto* (4).

§ 28. Anche il Laurent ritiene che i corsi d'acqua non navigabili appartengano ai riverani, « ma il loro diritto non è la proprietà assoluta che l'art. 544 definisce: è una proprietà limitata in questo senso che la natura destina le acque correnti all'uso di tutti i riverani, e la legge consacra il voto della natura...

---

(1) Gianzana, *op. cit.*, vol. I, pag. 260.
Confessiamo che non possiamo intendere come ciò possa andar d'accordo con quel che ha detto poco innanzi, che cioè *non appartengono nè al demanio, nè ai privati*.

(2) Gianzana, *op. cit.*, vol. I, pag. 35.

(3) *Della servitù delle acque*, cap. II, sezione III, n. 39 e 41. Fra tutti gli autori che ammettono un diritto di proprietà sui rivi a favore dei frontisti, il Dionisotti è quello che più si avvicina alla tesi che noi propugniamo.

(4) Marcadé, *Expl. du code Nap.*, II, § 594.

« Il diritto di proprietà tende di sua natura a invadere, tende necessariamente a divenire esclusivo; ora l'uso delle acque non saprebbe essere esclusivo, questa appropriazione essendo in opposizione con le leggi della natura. È in questo senso che la Corte di cassazione (1) proclama che l'acqua corrente è una cosa comune tra coloro di cui costeggia o traversa i fondi... Da ciò la giurisprudenza conclude che i corsi d'acqua non navigabili sono inalienabili e imprescrittibili. Non è già che questi corsi sian posti nel demanio pubblico, e che siano come tali, fuori di commercio. L'art. 644 stabilisce una distinzione precisa tra i corsi navigabili che son considerati come una dipendenza del demanio pubblico, e i corsi non navigabili che non appartengono al demanio pubblico; i riverani dei primi non possono esercitare alcun diritto che per via di concessione, mentre gli altri hanno il diritto di servirsi dei corsi d'acqua che costeggiano o traversano i loro fondi; ed è perchè tutti hanno questo diritto che nessun d'essi può disporre del corso, come un proprietario della sua cosa. Le sentenze che stabiliscono questo principio, ne traggono la conseguenza che i riverani non possono opporre nè titolo, nè prescrizione contro i regolamenti presi dall'Amministrazione dell'interesse di tutti » (2).

§ 29. Come vedesi (tenuto conto delle differenze che intercedono tra il nostro codice e quello francese per la caratteristica di cui sono affette le acque pubbliche) la sola obbiezione che il Laurent opporrebbe a considerar demaniali i rivi perfettamente come demaniali sono in Francia i corsi navigabili, consiste nell'atto di concessione che per l'uso delle acque di questi conviene ottenere dall'Amministrazione, mentre non è necessario per l'uso delle acque di quelli.

Gli altri giureconsulti francesi (le cui opinioni stimiamo non opportuno di riportare), che ritengono i rivi proprietà dei frontisti, unanimemente riconoscono che tale *proprietà* è *relativa*, che è una *specie di proprietà,* ma che non è ad ogni modo una proprietà assoluta avente i requisiti tutti voluti dall'art. 436 del nostro codice (art. 544 cod. franc.).

§ 30. La nostra giurisprudenza è incerta sulla specie di diritto che ai frontisti compete sulle acque dei rivi.

La Corte di appello di Torino con sentenza del 14 aprile 1881 ammise la teoria che i frontisti d'un rivo godano delle acque di questo *jure proprietatis* con questi considerandi:

.... « Considerando che se infondate si presentano le domande del Marchetti in relazione ai mezzi di sopra esaminati, ben altro giudizio vuolsi portare quando il valore delle sue istanze venga commisurato con la disposizione dell'art. 543 del

---

(1) Sentenza della Corte di cassazione del 17 e del 4 dicembre 1861 (DALLOZ, 1842, 1, 73 e 74).

(2) LAURENT, *Princ. de droit civ.*, VII. § 258.

cod. civ., in cui sono, nei rapporti scambievoli dei proprietari di fondi costeggiati da un'acqua che corra naturalmente e senza opera manufatta tra gli stessi fondi, determinate le ragioni che sull'acqua medesima competono ai proprietari o riveraschi predetti;

.... « Che i riveraschi rimpetto alle acque, di cui nel più volte citato art. 543, sono riputati *quali proprietari delle medesime* per servizio dei loro fondi laterali, e l'esercizio del diritto loro competente è di regola moderato soltanto nei reciproci loro rapporti senza intromissione di terzi in cui non concorra la qualità di riverasco, ecc. » (V. il giornale *La Legge*, anno XI, parte I, p. 481).

La Corte di cassazione di Torino col giudicato dell'11 settembre 1876 (causa Barla contro Martini ed altri) riteneva invece i rivieraschi aver soltanto un *diritto d'uso:*

« Attesochè il corso d'acqua che serve d'irrigazione del fondo Casarini è quell'acqua corrente naturalmente senza opere manufatte, di cui parla l'art. 543 del codice civile. Ciò fu ritenuto dal tribunale, e non è contraddetto dal ricorrente, il quale anzi sempre invocò quella disposizione di legge.

« Ciò posto, giustamente ritenne il tribunale, che non avendo le parti *la proprietà* di quell'acqua, ma soltanto l'*uso* sotto le condizioni portate dal citato art. 543, non poteva cadere nella divisione.

« Dispone quest'articolo che quello il cui fondo, ecc.

« Il diritto d'uso che compete a quel proprietario, gli è dalla legge consentito in ragione della situazione dei luoghi, ed in quanto il suo fondo costeggia il corso d'acqua, ed è limitato ai bisogni dell'irrigazione del suo fondo, o dell'esercizio delle sue industrie: non costituisce un'attività patrimoniale distinta dal fondo, e di cui possa disporre in tutto od in parte a favore d'altri separatamente dal fondo....» (V. il giornale *La Legge,* anno XVII, parte I, pagina 33).

§ 31. Le ragioni sulle quali si fondano i sostenitori di questa teoria si possono riassumere alle seguenti:

1.° Nell'enumerazione data dall'art. 427 del codice, delle cose che compongono il demanio pubblico, non si fa questione di corsi d'acqua minori. Si parla soltanto di *fiumi* e *torrenti.* Non è di buona ermeneutica legale l'attribuire ad una parola un significato più estensivo che essa non abbia. Poichè nel detto articolo si parla soltanto di fiumi e torrenti, questi soli, e non anche altri corsi d'acqua, oltre questi, debbono dirsi del pubblico demanio. Aver dichiarato questi corsi *pubblici,* è qualificar ogni altro *privato* (1).

---

(1) DAVIEL, *Des cours d'eau,* t. II, n. 536.

Il LAURENT dice che in tutto il capo *Della distinzione dei beni* del codice non trattasi che di beni appartenenti a particolari, e di beni non appartenenti a particolari. Il dominio privato è rispetto al demanio pubblico ciò che è la regola ri-

Si osservi inoltre che gli articoli 428 e 435 del codice rendono tassativa l'enumerazione delle cose demaniali fatta dal precedente articolo 427. Così essi articoli infatti dispongono: « *Qualsiasi altra specie di beni* appartenenti allo Stato forma parte del suo patrimonio » (art. 428).

« I beni *non indicati nei precedenti articoli* appartengono ai privati » (art. 435).

Coll'indicare il primo di questi articoli quali cose cadano nel patrimonio dello Stato, ed il secondo quali appartengano ai privati, ha evidentemente voluto il legislatore determinare nel precedente articolo (art. 427) *tutti* quelli che appartengono al demanio pubblico.

Si aggiunge che la frase « e generalmente tutte le parti del territorio dello Stato non suscettibili di privata proprietà », che era ed è complemento dell'art. 538 del codice franc., è stata eliminata dal corrispondente 427 del nostro codice, e non può anche per questa sola considerazione ritenersi l'enumerazione dell'art. 427 assolutamente se non come tassativa.

2.° Si osservi inoltre che la legge 20 marzo 1865 All. F. all'articolo 102 pone a carico dei frontisti o dei proprietari dei fondi attraversati la manutenzione dei minori corsi (1). Se loro ne incombe la competenza passiva, ciò prova che il legislatore li ha riconosciuti proprietari di essi corsi (2).

3.° E infine dimostra evidentemente la proprietà delle acque dei rivi a favore dei frontisti; l'art. 544 del codice civile, il quale stabilisce che quando insorga controversia fra i proprietarî a cui l'acqua può essere utile, l'autorità giudiziaria deve conciliare gli interessi dell' agricoltura e dell'industria coi riguardi dovuti alla *proprietà*.

Di quale proprietà può ivi parlarsi, se non della proprietà che i riverani hanno sull'acqua che costeggia od attraversa i loro fondi? (3).

---

spetto all'eccezione, perchè l'utilità che i cittadini sanno ritrarre da una cosa è certo più proficua o maggiore di quella che possa ritrarne lo Stato. Il legislatore toglie una certa parte del suolo all'attività dei cittadini solo *per necessità*. Se dunque il demanio pubblico è una eccezione alla regola non può ampliarsi a danno dei privati, più di quanto la legge tassativamente non determini. Vedi LAURENT, VI, § 16.

(1) « I minori corsi d'acque pubbliche distinti dai fiumi e torrenti con la denominazione di fossati, rivi e colatori pubblici, sono mantenuti dai proprietari dei beni che li fronteggiano o di quelli cui servono di scolo, e dai proprietari od utenti delle loro acque.... » (art. 102, Legge 20 marzo 1865, All. F).

In Francia la competenza passiva della manutenzione dei corsi minori spetta ai frontisti in virtù della legge 20 agosto 1790.

(2) « Ne serait-il pas en effet contraire à l'équité, que cette obligation, souvent très onéreuse, leur fût imposée, s'ils n'étaient pas propriétaires du lit qu'on les oblige d'entretenir? » (PARDESSUS, *Des Serv.*, n. 36).

(3) « Quelle est cette propriété que les tribunaux doivent respecter, tout en favorisant l'agricolture? Ce ne peut être que la propriété des eaux courantes. Ce texte n'a pas d'autre sens. Les rivérains ont la propriété des eaux qui bordent leurs héritages; comme propriétaires, ils pourraient s'opposer à l'irrigation, à la-

Confutazione degli argomenti addotti in sostegno di questo sistema.

§ 32. Al 1.° argomento che i nostri avversari adducono a sostegno della loro teoria, può rispondersi che non potendosi definire in una formola generale che cosa sia il pubblico demanio, si è dovuto discendere alle singolarità, non però in modo assoluto ed esclusivo; l'art. 427 si limita a dire che le specie eminenti ivi menzionate *fanno parte* del demanio pubblico. Altre cose dunque, oltre quelle ivi menzionate, appartengono al pubblico demanio. Con le parole *qualsiasi altra specie di beni*, dell'art. 428 vuole intendersi *ragione diversa, indole diversa di beni*, cioè non destinata al pubblico uso od alla difesa nazionale: con ciò non si è voluto altro che riconoscere il principio che i beni demaniali debbansi distinguere dai beni patrimoniali dello Stato (1).

Esistono infatti molte altre cose che indubbiamente fanno parte del pubblico demanio. Tra queste sono, ad esempio, i grandi laghi che hanno influenza sulla navigazione, sul commercio o sull'industria (2); i canali navigabili ed i canali di bonificamento d'interesse generale, le strade ferrate, le biblioteche, le pinacoteche e musei, gli arsenali, le caserme, gli edifizi nazionali inservienti ad usi pubblici (purchè di proprietà patrimoniale dello Stato), quali sarebbero gli edifici nei quali si raduna il Parlamento Nazionale, il Consiglio di Stato, i locali pei Ministeri; ecc. (3).

Come vedesi l'enumerazione delle cose demaniali data dall'art. 427 non è punto tassativa. Ora, se (come del resto è concordemente ammesso dalla maggior parte dei giureconsulti) non può a meno di riconoscersi che vi sono molte altre cose,

---

quelle leurs voisins voudraient employer les eaux le juge tiendra compte de leur droit, dit le code, mais il prendra aussi en considération l'interêt de l'agriculture » (Laurent, VI, § 18. — V. Pacifici-Mazzoni e gli altri).

L'art. 545, il quale dispone che « qualunque *proprietario* o *possessore d'acque*, può servirsene a suo piacimento ed anche disporne a favore d'altri, ove non osti un titolo o la prescrizione », non è di alcun giovamento a questo sistema. Qualunque sia la teoria che si propugni sulla natura giuridica delle acque che scorrono in un rivo, od anche in un fiume o torrente, tutti i giureconsulti concordemente ammettono che un'acqua pubblica entrata che sia in un condotto privato diviene privata. In questo senso devesi ammettere non solo una proprietà privata sulle acque apprese dai rivi, ma anche su quelle derivate dai fiumi o torrenti; ma qui si tratta della proprietà che si vuole abbiano i primi sulle acque dei rivi prima d'esserne derivate, e non già dopo il fatto delle derivazione.

(1) Borsari, *Comm.* § 835. — V. anche Merlin, *Rép.* v. *Canal;* Proudhon, *Du dom. publ.* III, 794; Daviel, *Cours d'eau,* I, 33; Zachariae, § 174; Mazzoni, *Comm. agli art. 426-429,* ecc.

(2) Scialoia, Pisanelli e Mancini, *Comm. al Cod. di proc. Civ.* parte II, tit. VII, capo 8, sez. I, n. CMVIII.

(3) Mazzoni, *Comm. art. 426-429* e gli autori ivi citati.

oltre quelle enumerate dal citato articolo, che son demaniali, nulla osta a che si ammetta quanto noi ci proponiamo di dimostrare, che cioè anche le acque di cui all'art. 543 sono demaniali quantunque non mentovate all'art. 427 del codice.

Del resto che il legislatore con le parole *fiume* e *torrente* non abbia inteso significare determinati corsi ai quali convenga più propriamente quella denominazione, ma abbia piuttosto voluto comprendere con una formola generale tutte le acque, maggiori e minori, lo si può argomentare da ciò, che queste parole hanno nelle leggi un senso generico e non ben definito. Nel capo VI della legge sui Lavori Pubblici troviamo infatti adoperata ripetutamente la denominazione di *fiume* ad indicare tanto quei corsi d'acqua maggiori cui converrebbe propriamente quel nome, quanto anche ad indicare quelli minori, cui indubbiamente converrebbe la denominazione di torrente (1).

---

(1) Il Consiglio Superiore dei LL. PP. in sua adunanza del 18 marzo 1882 pure ritenendo che l'Olona Pavese potrebbe più facilmente essere considerato come colatore o rivo a termine dell'art. 543 del codice, che come fiume o torrente a termini dell'art. 427, opinava doversi considerare come incluso nella categoria dei fiumi *per non sottrarre al demanio la disposizione di molte acque che attualmente nessuno gli contesta, non potendosi fare alcuna distinzione teorica precisa ed assoluta fra il piccolo fiume ed il grosso colatore naturale.*

Stimiamo opportuno riportare integralmente questo parere:

Il Consiglio:

« Veduto il rescritto N. $\frac{57635}{3982}$ Dir. VI del 2 agosto 1882 con cui la Direzione generale delle Opere Idrauliche lo richiede di avviso sulla indole e natura del corso d'acqua detto d'Olona nella provincia di Pavia, per conoscere se appartenga a quelli che a senso dell'art. 427 del cod. civ. sono da ritenere demaniali; ovvero sia corrente di ragione comune dei rivieraschi a tenore dell'altro art. 543 di detto codice.

« Veduto, ecc.

« Considerando che la distinzione fra fiume, torrente, colatore e rivo in linea tecnica non è designata da così sicuri e chiari caratteri che si possa senz'altro definirla e riconoscerla; mentre l'accettazione comune di tali denominazioni non fa che apportare confusione ed imbarazzo nell'argomento.

« *Fiume* è un considerevole corso perenne di acque naturali: ma dalla portata unitaria delle migliaia può discendere a quella di pochissimi metri cubi di acqua; sono fiumi il Po ed il Lambro. *Non vi si richiede la condizione che il letto ne sia naturale*, anzi in Italia molti alvei di fiumi sono del tutto artificiali, e gli alvei stessi, talora sono rregolari, talora canalizzati.

« *I colatori* possono essere naturali od artificiali, minimi o colossali; dai semplici fossi di campagna risalgono a portata di centinaia di metri cubi, ed a lunghezze considerevoli.

« Così dal fiume reale si scende al colatore senza limiti di distinzione. Si ritengono fiumi per esempio il Musone Padovano e la Olona Milanese diversa dalla sua omonima di cui è caso, corsi minimi, e si hanno per colatori il Novarolo nel Mantovano tanto più grosso, la Rigola e lo Scannabecco nel Parmigiano che hanno origine da due torrentelli, e furono tenuti persino per colatori il Tartaro e la Chiana.

« Il *torrente* è un grosso corso d'acque piovane a forti pendenze, alveo naturale, traducente greti di ghiaie e di sabbie; ma nella comune interpretazione può discendere a limiti assai ristretti; e nessun carattere speciale ed accettato comunemente distingue l'ultimo torrente dal primo rivo. Molti torrenti seccano perfettamente: ma molti conservano un corso d'acqua. E come molti fiumi presso l'origine

§ 33. Ciò facendo il nostro legislatore non faceva che seguire le tradizioni della legislazione giustinianea. I Romani infatti con la parola *flumen* intendevano qualunque corrente che si muova per spinta naturale, e non l'applicavano solo ai corsi d'acqua di maggiore o minore ampiezza, ma anche all'acqua cadente dal cielo sopra le case, quando insieme raccolta si muove unitamente per spinta naturale. « Questo è così vero, dice il Romagnosi (*Cond. delle acque*, parte I, lib. 2, § 17), che se io avessi il diritto di scaricare la detta corrente nel fondo del mio vicino, a me competerebbe la ragione attiva, ed il vicino sarebbe caricato dell'onere della servitù appellata *servitus fluminis* la quale non distinguesi dallo stillicidio, se non perchè si pensa che nella prima l'acqua si scarica per via di corrente seguìta, e nella seconda per via di gocce o sgorghi staccati (*guttatim et stillatim*) ».

---

non si distinguono dai torrenti, molti di questi nei tronchi estremi assumono apparenze di fiumi.

« Così si formarono le denominazioni di *fiumi-torrenti*, di *fiumicelli* e di *torrentelli* che non hanno un significato preciso.

« Considerando che l'Olona Pavese di cui si tratta ha principii molto umili da alcuni colatori da poco: ma via via in 33 chilometri di corso, ingrossando di acque di scolo e di sorgive per cui può somministrare alimento a non poche derivazioni, tutte antichissime. Il suo alveo forse ad origine in parte artificiale ha acquistato i caratteri degli alvei naturali; è incassato ed appena dotato di arginature presso la foce del Po. L'Olona si scarica a foce libera, non abbisogna di manutenzioni e non è curata da uno speciale consorzio. È così uno di quei molti corsi che sebbene facciano ufficio di colatori, ricevendo gli scoli delle campagne coltivate, hanno i caratteri di correnti naturali e più comunemente si chiamerebbero *fiumicelli*.

« Considerando che in tali condizioni, se fin d'ora non si potrebbe ritenere in« contestabile la classificazione dell'Olona Pavese tra i fiumi a senso dell'art. 427 « del codice civile, non sarebbe però conveniente per un caso speciale e dubbio « col riconoscere formalmente non demaniale codesto corso di acqua, stabilire un « precedente che vulnererebbe ogni successiva determinazione, e che potrebbe es« sere invocato in tanti altri casi a sottrarre al demanio la disposizione di molte « acque che attualmente nessuno gli contesta;

« E di voto:

« Che nessuna distinzione teorica, precisa ed assoluta, secondo l'accettazione « comune si possa fare tra il piccolo fiume ed il grosso colatore naturale, cosicchè « nei rapporti giuridici tale distinzione non potrebbe stabilirsi che mediante una « classificazione.

« Che l'Olona Pavese, corso che ha origine da alcuni colatori, ma acquista man mano le apparenze di un fiumicello, allo stato odierno della giurisprudenza relativa sarebbe di classificazione molto dubbia;

« Che a giudizio di questo Consesso sarebbe conveniente, almeno sino a più generali determinazioni, conservare la giurisdizione demaniale che non è ancora contestata sull'Olona, pur transigendo sul possesso della pesca goduto *ab antico* dal Collegio Ghislieri ».

E da ricordarsi anche l'altro parere del Consiglio Superiore del 29 maggio 1869 più innanzi citato, nel quale sostenevasi la generalità della formola dell'art. 427 del codice. Nel parere citato in questa nota, pur attenendosi alla giurisprudenza oramai invalsa, che attribuisce alla formola dell'art. 427 un senso determinato e preciso, si dimostra che in certi casi questa precisione e determinatezza è appunto impossibile.

Che anzi è opportuno a questo proposito osservare (contrariamente a quanto in generale si ritiene, che cioè i torrenti *perchè non perenni* fossero esclusi dal novero dei corsi d'acqua pubblici) che essi erano, piuttostochè distinti dai fiumi, raggruppati con questi in una medesima categoria sotto la comune denominazione di *flumina: — Fluminum quaedam* sunt *perennia*, quaedam *torrentia*; *perenne* est quod semper fluit; *torrens* est quod *tantum* hieme fluit (Dig. XLIII tit. 11 *De Flum.* fr. 1 § 2). Dei *fiumi* alcuni sono *perenni*, altri *torrenziali* (1). Non si adopera la parola *torrentes*, ma l'espressione *flumina torrentia*, a mio parere, non senza intenzione.

I Romani che riconoscevano pericolosa ogni definizione in diritto, non potevano certo stabilire distinzioni nette e precise in cosiffatta materia. Essi lasciarono indeterminato il senso delle parole *flumina, torrentes, rivi* (2) ecc., appunto per lasciare intieramente agli apprezzamenti del magistrato il giudicare caso per caso della natura giuridica di un'acqua.

§ 34. Se dunque vi sono altre cose, oltre quelle mentovate all'art. 427 del codice, che debbono considerarsi nel novero delle demaniali; se alle parole *fiume* e *torrente*, in conformità delle leggi romane, il nostro legislatore ha dato un senso generico e indefinito, nulla osta che anche le acque dell'art. 543 possano dirsi demaniali, ove si dimostri, come speriamo di poter fare, che esse hanno tutti gli altri requisiti che si richiedono per le cose demaniali.

Per ora ci limitiamo ad escludere questo primo argomento che ci oppongono i sostenitori del sistema di cui ci occupiamo.

§ 35. Quanto al secondo argomento potrebbe ammettersi per ragioni di equità; vi si oppone però la seguente considerazione:

L'art. 96 della legge 20 marzo 1865 All. F. pone a carico dei frontisti le spese per la difesa delle ripe di *fiumi* non argi-

---

(1) Non è esatto il ritenere, come comunemente si crede, che i Romani distinguessero le acque pubbliche dalle private secondochè esse fossero perenni oppure no, e come potrebbe supporsi dal fr. 1 § 3 del medesimo titolo che così si esprime: *Fluminum quaedam publica sunt, quaedam non; Publicum flumen esse Cassius definit quod perenne sit. Haec sententia Cassii (quam et Celsus probat) videtur esse probabilis,* — combinato coll'altro sopracitato. *Acqua perenne* non sempre corrisponde, come si vuole generalmente, ad *acqua pubblica.* Se così fosse, anche un rigagnolo che conducesse perennemente un fil d'acqua, un condotto, ecc., dovrebbero dirsi pubblici.

Era necessario. nvece che al requisito della perennità si aggiungessero i requisiti indicati dalla legge 1 § del detto tit. *Flumen a rivo magnitudine discernendum est, aut existimatione circumcolentium.* Perchè un'acqua si dicesse pubblica, dovevano dunque concorrere questi tre elementi:

1.° Essere perenne;

2.° Avere una certa ampiezza;

3.° Essere riputata tale dagli abitanti dei dintorni (*existimatio circumcolentium*).

(2) Alla parola *rivus* la glossa d'Accursio così interpreta: *Hic rivi nomine aqua fluens accipitur,* ogni acqua che fluisca; la qual definizione potrebbe intieramente convenire tanto al più piccolo ruscello, che al maggiore dei fiumi.

nati, e delle loro diramazioni, *ancorchè navigabili*. Così anche all'art. 98 di detta legge, lett. *b* si stabilisce a carico dei frontisti il provvedere alle arginature ed ai ripari di *fiumi* e *torrenti*, come anche di *rivi* e *scolatori naturali*, che servono alla difesa di una o poche proprietà.

Se si ammettesse che la manutenzione fosse indizio di proprietà, come si pretende dai nostri avversari, vi sarebbero alcuni fiumi e torrenti (navigabili o no, poco importa) che apparterrebbero in *proprietà* ai riverani.

D'altra parte, ammettendo che la manutenzione dei fossati, rivi e scolatori naturali, designasse i proprietari dei detti corsi dovrebbero anche ammettersi che proprietari non fossero soltanto i frontisti, ma anche i proprietari dei beni cui servono i detti corsi di scolo, poichè per l'art. 102 della legge sulle opere pubbliche anche a costoro, tra gli altri, ne spetta la manutenzione (1).

Quest'argomento non ha quindi maggiore efficacia del precedente.

§ 36. Quanto finalmente al terzo argomento che gli avversari ci oppongono, confessiamo che il rispondervi non è troppo agevole, tanto più che tutti i giureconsulti nostri e francesi con una mirabile concordia sfuggono, come abbiamo già accennato, dal dare una giustificazione di questo *diritto relativo di proprietà*, che si vuol riconoscere a favore dai frontisti.

Il Durnerin, confutando l'argomento addotto dai nostri avversari, osserva che quantunque vi sia realmente l'espressione « coi riguardi dovuti alla proprietà », niente però autorizza a credere che voglia parlarsi di *proprietà di acque*. « Il senso di quella parola, egli nota, è lontano dall'essere precisato » (2).

§ 37. Noi anzitutto osserveremo che se il legislatore ha adottato la parola *proprietà* che noi vogliamo ammettere sia pur *d'acque*, è però certo che agli articoli 540, 544 e 545 ha costantemente adoperato le espressioni « *far uso*, *servirsi* ». Noi possiamo ritorcere l'argomento contro i nostri avversari, e domandar loro perchè il legislatore parli soltanto d'*uso* e non di *proprietà*. Se il legislatore dice che il riverano *può usare* dell'acqua, non riconosce che un diritto d'*uso*. Che cosa ci autorizza a ritenerlo un diritto di *proprietà?*

---

(1) In Francia l'argomento della manutenzione del corso d'acqua ha maggiór valore che tra noi. In quel paese, dove il carico della manutenzione d'un corso d'acqua è addossato allo Stato od ai privati, secondochè esso è navigabile ed atto al trasporto, oppure no, il fatto della dichiarazione d'un corso tra i navigabili è di per sè solo sufficiente a sottrarre al privato il carico della manutenzione e ad addossarlo allo Stato. In Italia tale relazione tra il carico della spesa per la manutenzione, e l'essere o il non essere navigabile od atto al trasporto, non esiste affatto.

(2) *Des cours d'eau*, pag. 24. Egli però aggiunge che può invece trattarsi della proprietà in generale, considerata soltanto astrattamente. Ma confessiamo di non riuscire a comprendere questa confutazione.

A questo proposito è anzi opportuno osservare che là dove il legislatore ha voluto concedere un vero diritto di proprietà piena ed assoluta sulle acque, come per es agli art. 540 e 545, si serve non già dell'espressione « può farne uso, può usarne », come all'art. 543, ma delle altre « può usarne *a piacimento*, può servirsene *a suo piacimento*, può *disporne* », le quali espressioni del tutto convengono con la definizione della proprietà data dall'art. 436 del codice. Quando il legislatore ha voluto parlare di proprietà ha saputo trovare acconce espressioni per denotarla; perchè dunque ha evitato di ripeterle all'art. 543 se non appunto per riconoscere soltanto un diritto d'uso?

§ 38. Ammettere una proprietà sulle acque in favore dei riveraschi significa dar loro un pieno ed assoluto dominio su di esse. Or come può riconoscersi nel diritto che loro compete d'usare delle acque stesse, un diritto di proprietà, quando si ammette che il giudice deve conciliare questo diritto di proprietà, coll'interesse che può avere il frontista opposto sull'acqua? La proprietà è il diritto *di godere e disporre delle cose nella maniera più assoluta;* e nessuno può essere costretto a cederla, od a *permettere che altri ne faccia uso*, se non per causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata, e premesso il pagamento di una giusta indennità (articoli 436 e 438 cod.). Come può dirsi mia proprietà questa, quando non mi è punto lecito d'usarne e disporne come meglio mi talenta? Ne faccio forse un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti, non usando della cosa, od usandone anche a scopo voluttuario perchè debba io proprietario esserne espropriato? (1). Ma permettere ad altri d'usare della mia acqua, significa *costringermi* a cederla; ora dov'è la causa di utilità pubblica legalmente riconosciuta e dichiarata che è richiesta dall'art. 438 del codice? Dove la indennità che pur mi spetta, se io ne debbo esser privato? *Conciliare* significa *transigere*, cioè cedere parte di ciò che legittimamente si possiede per un certo corrispettivo. E può dirsi questa una conciliazione, quando *di necessità* mi si impone? In qual modo si osserva la procedura prescritta per le espropriazioni? A tutto ciò deroga forse l'espressione vaga ed incerta dell'art. 544.?

§ 39. Anche per queste ragioni non possiamo dunque ammettere in favore dei frontisti un diritto di proprietà sulle acque del rivo. Molto più semplice e più logico è invece ammettere ciò che noi sosteniamo, che cioè ai frontisti spetti il diritto d'usare delle acque, come di qualunque altra cosa pubblica, così illimitatamente per quanto sia compatibile con l'altru'

(1) Il diritto di usare delle acque a scopo voluttuario ragionevolmente limitasi perfino in riguardo ai diritti dei frontisti inferiori.

uso (1); che *il legittimo uso* della cosa pubblica si risolve, come sempre, in un vero e proprio diritto di esclusivo, *ma momentaneo*, dominio, legittimato dalla priorità dell'occupazione; che infine nella collisione dei vari interessi spetti al giudice di conciliarli fra loro per modo che ne derivi la massima possibile utilità privata in relazione anche alla pubblica utilità.

2.° Sistema. — Delle acque dei rivi considerati come comproprietà dei rivieraschi.

§ 40. Il Mazzoni, dice l'acqua dei rivi appartenere incontrastabilmente ai rivieraschi. Però, pure ammettendo tale proprietà esclusiva pei terzi, egli osserva che essa è essenzialmente comune tra i riveraschi (2). Ecco come egli espone la sua teoria:

« Mi fo a considerare per un istante ferma la massa d'acqua che è in un fosso o rivo, il quale costeggi dieci fondi per ogni sponda, e ne attraversi cinque. Quest'acqua riposa, accede, fa parte delle venticinque porzioni d'alveo, ognuna delle quali appartiene ad un distinto proprietario. Ma se l'acqua acceda e faccia parte di queste, anch'essa distinta in altrettante porzioni, apparterrà in proprietà esclusiva ai venticinque proprietari come appunto l'acqua della sorgente o della pioggia che vi ritengano o raccolgano.

« Date moto a quest'acqua: di momento in momento, la proprietà di ciascuno si rinnova: inquantochè, come una goccia della mia passa in proprietà dell'inferiore, una goccia del superiore passa a divenir mia, talchè non più si discerne in quest'acqua, perpetuamente mobile, quale sia la parte di ciascuno; ma nella massa vedesi la proprietà di tutti.... Ma, sorge la domanda, per quale via ed in qual modo l'ultimo proprietario può pretendere diritto di comproprietà dell'acqua fino al principio del rivo o del fosso? È appunto nell'assegnare la genesi naturale di tale comproprietà che questa teoria incontra una seria ed insormontabile difficoltà. Risalgasi pure allo stato anteriore alla divisione della proprietà. Per opera dell'impulso della natura, l'acqua che sorge o filtra da luoghi alti, corre in basso formandosi a traverso le campagne che trova per via, il canale

(1) Io direi che il diritto d'uso che i privati hanno sulle cose pubbliche in generale rassomigli a quei cerchi concentrici che si disegnano in un'acqua per un sasso gettatovi, i quali vanno sempre più allargandosi fino a trovare altri cerchi che li limitano.

(2) Questa teorica non è nuova. In Francia è stata discussa da Duranton, t. V, n. 213; Pardessus, t. I, n. 107; Ducaurroy, Bonnier e Roustain, t. II, n. 271; Daviel, t. II, numeri 540 e 626; Demolombe, XI, n. 143; Bouvot, I, parte I, *Rivières*, quest. 1.ª; Henrys, t. I, lib. III, ecc.

o il fosso, finchè va a versarsi in un torrente o in un fiume o nel mare. L'acqua in tutto il suo corso è un'accessione o una parte del suolo che traversa. Orbene, se due, dieci, venti persone vengono ad occupare queste campagne e l'occupino costeggiate o attraversate dal rivo, la parte che ciascuno occupa gli appartiene necessariamente con la parte di alveo che vi è compresa, con l'acqua che vi scorre e con la destinazione di riceverla, perocchè l'occupazione gli attribuisce la cosa con tutte le accessioni e la destinazione di cui gliela offre fornita la natura, dalle leggi della quale deriva in certa guisa il suo diritto di proprietà per occupazione. Di conseguenza, se il primo arrivato in queste campagne abbia occupato il suolo in un dato punto del rivo o del fosso, ed abbia distribuito l'acqua che a questo punto giungeva da luoghi superiori, sicchè tutta venga assorbita dal potere che coltiva, inaffia ed irriga, ovvero l'abbia deviata in altra parte perchè così gli accomodava; il secondo arrivato che occupa il terreno immediatamente inferiore e che trova l'alveo asciutto non può pretendere l'acqua appunto perchè questi non ha nè può avere sulla cosa più diritti di quelli che gli conferisce l'occupazione che è il suo modo d'acquistare.

« Ma questo discorso è tutt'altro che soddisfacente. Perocchè non basta nè la situazione, nè la destinazione d'un fondo divenuto proprio per conferire il diritto di proprietà sull'oggetto al quale deve servire e nel caso concreto sull'acqua che deve ricevere e che attraverso di esso deve passare. La natura assoggetta i fondi inferiori a ricevere le acque ed a nulla più. Penso adunque che solamente per creazione della legge civile la proprietà dell'acqua che non è di fiume o di torrente demaniale, nè di sorgente privata, appartenga in comune ai riveraschi. I legislatori debbono aver considerato il corso dell'acqua, come un sol tutto accessorio dei fondi attraverso ai quali ha il suo alveo, e su tali basi ripartitolo fra i proprietari di questi (1) ».

---

(1) *Comm.*, §§ 121 e segg. — In sostegno della teorica del MAZZONI abbiamo una decisione della Corte d'appello di Lucca del 30 luglio 1867, che è degna di essere considerata:

« Il diritto che ha il frontista di far servire le acque correnti alla irrigazione delle sue terre, non è un diritto assoluto e privativo, ma un diritto modificabile e indiviso, e comune con tutti coloro che posseggono beni adiacenti, e deve quindi conciliarsi con uguali diritti che hanno non solamente i frontisti dell'altra ripa, ma anche i frontisti inferiori: per modo che se il volume dell'acqua fluente, che forma un'appartenenza accessoria dei fondi confinanti, non basti a soddisfare ai bisogni di tutti, non è nel potere del frontista superiore di deviarla totalmente a suo vantaggio, ma deve richiedere un regolamento ai magistrati, i quali, in virtù del potere moderatore e discrezionaie di cui la legge li ha in questo tema investiti, hanno la missione di risolvere queste contestazioni *ex bono et aequo*, tenendo conto dei bisogni non tanto dell'agricoltura, quanto degli opificii idraulici, attribuendo a ciascuno la sua parte legittima in ragione del fine a cui le acque sono dirette, se, cioè, di una inutile produzione, o di un puro diletto, ed impo-

§ 41. La teorica del Pacifici-Mazzoni non pare possa accettarsi. Se l'acqua che scorre nella mia proprietà appartiene per accessione a me, non può avere sulla medesima un diritto di comproprietà chi non può vantare sul mio fondo un tale diritto di comproprietà. Come il proprietario d'un fondo in cui nasce una sorgente ha diritto esclusivamente su questa, potendo usarne a suo arbitrio, e perde questo diritto dopochè questa ha incominciato a decorrere nei fondi inferiori, così i proprietari di questi non possono avere alcun diritto sull'acqua finchè essa è contenuta nei fondi superiori (1).

Queste obbiezioni ci sembrano così evidenti da doverci convincere dell'inesattezza di tale teoria.

3.° Sistema. — Delle acque dei rivi considerate come comuni.

§ 42. Il Romagnosi, esaminando l'art. 644 codice Napoleone (corrispondente al 543 nostro) dichiara che la corrente d'acqua figurata in esso articolo *non è di proprietà esclusiva di privati, ma comune* (2). E altrove, precisando meglio la sua teorica, così dice: « Come i fiumi navigabili rimangono di *uso comune* a tutti i cittadini di uno Stato, così i fiumi non navigabili e naturali rimangono di uso comune a tutti i frontisti o possessori dei terreni attraversati. Dunque questi fiumi privati nello stato di associazione territoriale rimangono sempre in comunione. Dunque essi non sono suscettibili di dominio esclusivo privato come un campo ed una casa, o come un acquedotto fabbricato dalla mano dell'uomo... La comunione suddetta dei due rivi naturali fu sempre sottointesa fra gli utenti loro. Se di fatti voleste rendere ogni possidente padrone assoluto, esclusivo ed incommutabile del tronco che attraversa o bordeggia il proprio fondo, sarebbe contro diritto dirlo obbligato senza suo consenso a lasciar passare l'acqua sul proprio fondo. Egli in forza del suo dominio esclusivo potrebbe a buon

---

nendo ad ambedue le parti, a seconda delle circostanze, reciproche concessioni, le quali vengano a stabilire l'equilibrio tra gl'interessi in conflitto » (Vedi *Ann. di giur.*, I, 2, 498).

Questa teorica, come osserva giustamente il Ricci, non è d'accordo col testo della legge. La servitù a favore del rivierasco inferiore è imposta soltanto dall'articolo 543 sulle colature e sugli avanzi che il rivierasco superiore è tenuto a restituire al corso ordinario; non può certo estendersi sino al punto da privare il rivierasco superiore, non delle colature, ma delle acque che esso può utilmente impiegare. Il diritto dell'inferiore è, a parità di condizioni, sempre subordinato al diritto del superiore (art. 652 cod.). Questa teoria è ad ogni modo contraddetta dalla Cassazione di Torino, 4 settembre 1867 (*Annali*, II, 274); Corte d'appello di Torino, 10 maggio 1867 (*Ib.*, I, 2, 423).

(1) Ricci, *Corso di dir. civ.*, II, § 308. — Il Gianzana è di questo medesimo avviso (*Delle acque*, I, 291). Anche il Traina (*Delle servitù legali*, pag. 132).

(2) *Condotta dell'acqua*, parte I. lib. I. § 15, *delle correnti naturali*.

diritto opporsi a questo passaggio, e far fluire l'acqua altrove. Ma come mai potrebbe egli praticare questa opposizione? Acquistò forse la sua proprietà esente dall'onere di questo passaggio? No certamente. Questo passaggio non è forse necessario? Ciò è evidente. Il corso delle acque in società si può sovvertire ad arbitrio? Nemmeno questo sovvertimento è lecito. Gli altri possessori non acquistarono forse il possesso stesso dell'acqua pel fatto stesso di natura? Anche questo è un fatto. Dunque mai si verifica che la prima occupazione e il successivo possesso abbiano potuto indurre una proprietà esclusiva (1) ».

Pei sostenitori di questo sistema, l'acqua corrente non ha niente di fisso, d'immutabile, su cui possa farsi riposare un diritto di proprietà. Essa trovasi in un luogo, ed un istante dopo è già in un altro (2). Non può su di essa affermarsi un vero dominio, se non divertendola dal suo corso, imprigionandola in un canale privato. L'uso attuale che se ne faccia è il solo titolo che s'abbia a non esserne spossessati. Appena cessato in qualunque modo quest'uso, il proprietario a valle subentra intieramente nei diritti di quello a monte.

§ 43. In Italia sostenitore di questo sistema, oltre il Romagnosi, è anche il Foschini, che riporta l'opinione conforme del Regnoli (3).

In Francia questa è la teoria comunemente adottata (4).

---

(1) *Della ragion civile delle acque*, I, cap. II, § 3. — Vedi il Gianzana (vol. I pag. 305) che combatte questa teoria.

Giova però osservare che il Romagnosi comprendeva tra le acque, di cui parla il nostro art. 543, non solo i *rivi*, che noi abbiamo definito essere in generale tutti i corsi d'acqua minori, distinti dai fiumi e torrenti propriamente detti, ma anche quei fiumi e torrenti che non sono navigabili od atti al trasporto, giusta la dottrina francese. Ed anzi, anche quei fiumi e torrenti che non sono navigabili che ad intervalli rientrerebbero, secondo l'opinione dell'illustre giurista, pei tratti non navigabili, tra le cose comuni.

(2) « Essa non è una dipendenza dei terreni che costeggia od attraversa non ne è tutt'al più che un accessorio momentaneo e fuggitivo che, per la sua perpetua mobilità, sfugge ad ogni esclusiva appropriazione ». Demolombe, XI, n. 141.

(3) Foschini, *Teoria delle acque*, pagine 60-61.

(4) Vedi Dalloz, *Eaux*, § 213; Merlin, *Quest. de droit, Cours d'eau*, § I, pagina 728; Demolombe, § 138 Il Dalloz cita anche Dubreuil, *Analyse raisonnée sur les eaux;* Tarbé de Vauclair, *Dict. des travaux publics;* Colenne, *Dissertazione*, pubblicata nel 1837, che non ho potuto consultare.

Il Nadault de Buffon nel suo Trattato *Des Usines* (t. II, cap. 1) così si esprime: « Se non si vuol vedere nella legge che quello che in essa effettivamente si contiene, si trova tra il Governo ed i particolari il seguente patto fondamentale: La proprietà delle acque correnti in generale non può essere attribuita a nessuno. Ma la legge atttribuisce ai riverani tutti gli usi ed i profitti di cui esse ne sono suscettibili, alla condizione che essi rivieraschi ne debbano sopportare i carichi, conformandosi ai regolamenti in materia ».

Della pubblicità delle acque di cui all'art. 543 del codice.

§ 44. Quantunque la qualifica di *comune* data alle acque d'un rivo, secondo la teoria succennata, abbia a sostegno l'opinione d'illustri giureconsulti italiani e francesi, e costantemente sia in Francia data dalla giurisprudenza, a noi sembra che tale denominazione sia inesatta.

La parola *comune* ha ormai un senso ben definito, e non è lecito servirsene per non arrecare in questa materia, già per sè stessa così avviluppata, inutili anfibologie. I Romani facevano un'esattissima distinzione delle cose *pubbliche* dalle *private*.

Per *cose comuni* (o *pubbliche per diritto delle genti*) essi intendevano quelle che essendo necessarie ed essenziali alla vita dell'uomo, si sottraggono a qualsivoglia dominio sia per parte dello Stato che dei privati, e di cui tutti gli uomini possono usare per diritto naturale, estraendone ed appropriandosene gli elementi (1). Tali sono: l'aria, la luce, l'acqua, il mare: « Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum: quae variis ex causis cuique acquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt ista: aer, aqua profluens, mare et per hoc littora maris (2) ». Nessun può divenire, dice il Doveri, proprietario del mare, dell'aria, dell'acqua corrente, considerate queste cose in astratto; ma si divien proprietario di quella porzione d'acqua che fu raccolta da un fonte, o attinta dal mare; ed allora quella parte o frazione di queste cose comuni che ne è stata separata o disgiunta perde il suo carattere di *res communis omniun* (3).

---

(1) Il Cipelli nella sua monografia sulle *Cose comuni*, inserita nell'*Archivio giuridico* (vol. XXVI, pag. 323), ritiene che le acque correnti abbiano la doppia qualità di cose comuni e di pubbliche. Diconsi *comuni* « per gli usi che *non poggiano necessariamente* a fiume; *pubbliche* per gli usi che *poggiano necessariamente* a fiume. L'una qualità non può fare ostacolo all'altra, e sono perciò entrambe da rispettare ». Il Donello, la cui opinione è seguita dal Cipelli, così si esprime in proposito: « Ego cum Eguinario Barone *aquam profluentem* hic dici intelligo aquam fluminis, ejusdemque profluentis, ut flumen quidem publicum sit: ipsa fluminis aqua ut est aqua profluens, sit omnium communis Neque absurdum quis putet ista distingui, flumen et aqua fluminis. Etsi enim flumen non est nisi id quod fluit; et id quod fluit, nihil aliud, quam aqua profluens: tamen aqua in flumine spectari potest bifariam, vel ut aqua simpliciter; vel ut aqua fluminis. Quod ex usu aquae aestimandum est. Spectatur ut aqua, cum ea sic utimur, ut alia quavis uteremur, etiam quae non esset fluminis, veluti ad hauriendum, ad lavandum, ad aquandum pecora. Spectatur ut aqua fluminis, cum ea sic utimur, ut id facere non possemus nisi in flumine, ut si in flumine navigemus. Illo usu aqua profluens sit communis omnium: hoc nequaquam, quia hic vere utamur flumine, ut flumine. Hoc autem est publicum » (*Comm. De iure civ.*, lib. IV, cap. II, § 5).

(2) Dig., I *De rer. div. et qual.*, tit. VIII, I, 2; *Inst.*, II, tit. II, § 1.

(3) Doveri, *Ist. di dir. rom.*, I, 393.

L'aria, la luce, il mare, e in generale le cose che si dicono comuni non hanno valore; o, per essere più esatti, esse hanno valore troppo grande per poterne attribuir loro alcuno (1). Non possono essere quindi materia di controversia, e sfuggono al dominio del legislatore, che tutto al più può limitarsi a constatare un fatto di natura (2).

Per *cose pubbliche* (che i romani dicevano di diritto quiritario) s'intendevano quelle cose che non sono assolutamente necessarie ed essenziali alla vita dell'uomo, ma soltanto *utili*, e che procacciando rilevanti vantaggi per la generalità dei cittadini ponevansi a disposizione dei singoli perchè regolatamente ne usassero.

Avevansi quindi questi caratteri differenziali tra le cose comuni e le pubbliche:

a) le cose comuni sono *in fatto* a disposizione di tutti; la loro quantità è tale, per divina provvidenza, che qualunque sia l'uso o l'abuso che dai singoli se ne faccia, avanza sempre tale quantità da poter servire ai bisogni di chicchessia, onde quella occupata non ha valore alcuno; sono necessarie ed essenziali alla vita dell'uomo: si sottraggono al dominio della legge.

b) le cose pubbliche sono *in potenza* nella disponibilità di tutti i cittadini; la loro quantità, per quanto grande, è nondimeno determinata, e può servire soltanto ai bisogni d'un certo numero di abitanti; sono utili, possono dar luogo a contestazioni per l'abuso che di esse si faccia, e possono essere perciò soggetto di lite.

§ 45. Tali distinzioni che i romani facevano tra le cose comuni e le pubbliche, si possono ammettere anche oggigiorno come esatte, fatta astrazione dal concetto tutto moderno dell'ingerenza amministrativa sull'uso delle cose pubbliche (3).

---

(1) Boccardo, *Trattato d'econ. pol.*, cap. III, § 35.

(2) Il legislatore romano si compiaceva assai spesso d'invadere il campo filosofico, quindi è che troviamo che i testi parlano di cose comuni a tutti per diritto naturale. Nelle legislazioni moderne si è lodevolmente abbandonato questo concetto tutto teorico.

(3) La sola distinzione che esista tra la legislazione giustinianea e la nostra si riferisce alla tutela del diritto dei singoli. Presso i romani erano i cittadini che dovevano provvedere ai propri interessi, ed era perciò lasciato a ciascun d'essi il diritto di convenire dinanzi ai tribunali chi avesse abusato della cosa pubblica: onde può dirsi che l'uso pubblico fosse così illimitato per quanto volesse concederlo l'altrui diritto. Tra noi, e in generale nelle legislazioni moderne, si è affidata allo Stato la cura di provvedere al diritto dei singoli coll'impedire gli abusi, l'esperienza avendo dimostrato non potere i singoli convenientemente salvaguardare i propri interessi dalle usurpazioni dei prepotenti. Per noi l'uso della cosa pubblica è soggetto alla sorveglianza dell'autorità, che è solo giudice competente in materia. Non è più dunque il potere giudiziario che decide sugl'interessi dei singoli, ma il potere amministrativo. Tale innovazione è senza dubbio un vero progresso. Ripugna al sentimento moderno veder regolato dal giudice ordinario, che ha criterii circoscritti, ciò che si connette col benessere generale del paese.

Quanto all'uso può infatti l'acqua corrente essere considerata come comune o come pubblica. È *comune* allorquando serve ai bisogni della vita. Può giuridicamente vietarsi ad un individuo che passeggi lungo le rive d'un'acqua, di attingervi una volta tanto pei bisogni della vita, quantunque essa acqua sia *tutta* devoluta all'uso d'un proprietario? Certo che no. Eppure l'usare di un'acqua che non ci appartenga è qualificata in diritto per *furto* (1); dovrebbe quindi riconoscersi come fondata giuridicamente un'azione che fosse mossa dal proprietario. Ciò sarebbe però non solo ridicolo per il nessun valore che la cosa furtiva per sè stessa presenta, ma sarebbe perfino inammessibile giuridicamente, inquantochè l'acqua corrente (*aqua profluens*) considerata in relazione alle necessità della vita (il qual uso è ad ogni altro preminente), assume, come l'aria e la luce, il carattere di cosa comune, pel fatto che si rinnova sempre, e che per quanto se ne usi a questo scopo, ve ne ha sempre una quantità infinita lasciata all'altrui uso (2).

---

(1) Vedi Romagnosi, *Della ragion civile*, lib. I, cap. I, § 3.

(2) L'ufficio del genio civile di Padova propose al Ministero dei Lavori Pubblici il quesito: Se debbasi accertare contravvenzione a termini dell'art. 378 della legge sui lavori pubblici nel caso in cui si eroghi acqua da un fiume pubblico per mezzo di secchie, pompe idrauliche, o di qualunque altro mezzo *asportabile*, non pregiudichevole in modo alcuno al buon regime del fiume, e l'erogazione sia discontinua, precaria e di poca entità.

« È fuori di questione, osservava quell'ufficio del genio civile, che coloro che intendono di erogare acque per irrigazioni, per opificii, per usi agricoli e per maceratoi sia mediante chiaviche, o con sifoni attraverso gli argini, debbono chiedere ed ottenere l'autorizzazione dalle autorità competenti. Questo è poi consono alla legge, la quale (art. 133) mira all'interesse ed alla tutela del buon regime degli alvei, della libera navigazione e delle proprietà laterali.

« Ciò si riferisce alle erogazioni propriamente dette. Ma v'ha un altro modo di estrarre acqua, e che, secondo il concetto del sottoscritto, si domanderebbe attingere acqua.

« Lasciando stare che ognuno può senza ostacolo attingerla con le secchie, v'ha però il caso qui in Padova che un signore possiede nella sua terrazza un centinaio di vasetti di fiori, e per inaffiarli con maggiore comodità getta dalla finestra una manichetta di guttaperca del diametro di centimetri tre circa, e con una pompetta a mano attinge un centinaio di litri d'acqua per inaffiare i suoi fiori, e poi leva la manica, e tutto è finito. Questo fatto non fu veduto dal sottoscritto, ma fu riferito, e tuttavia non ha voluto che sia fatto l'accertamento di contravvenzione per non cadere nel ridicolo.

« Altro modo di attinger acqua fu veduto dal sottoscritto. Due facchini portarono al canale un *brento* (un barile) della capacità circa di litri ottanta. Invece di riempirlo con le secchie trovarono comodo di gettare una piccola manica nell'acqua, con una pompetta hanno riempito il brento, e poi portarono via tutto.

« Ora che l'industria meccanica è avanzata, avviene che alcuni i quali fanno fermentare il mosto coll'acqua per fare bevanda, portano con carro una botte in prossimità al canale, gettano una manica in acqua e con una pompetta attingono e riempono la botte, poi portan via botte ed apparecchio.

« Tutto ciò, secondo crede il sottoscritto, dovrebbe chiamarsi *attingere* acqua e non *erogazione* nello spirito della legge, mancando stabilità, durata ed entità, e perciò prega codesta Direzione a confortare del suo voto la condotta del sottoscritto nell'attenersi in simili casi dal produrre l'accertamento di contravvenzione »

E' *pubblica* quando serve ad usi che il legislatore ha specificatamente determinato per *pubblici*. Dall'acqua che sopravanza alla necessità della vita, può ricavarsi un certo lucro giovandosene a scopo industriale od agricolo. Essa può essere sotto questo riguardo materia di controversia, potendo l'uso che se ne faccia degenerare in abuso. Sorge quindi la necessità che l'autorità suprema sorvegli a ciò i diritti che tutti i cittadini hanno sulla cosa non vengano impediti dalla cupidigia di un solo. Quindi è che l'uso della cosa pubblica è soggetto a determinate norme prestabilite dalla pubblica autorità. Suppongasi ad esempio, che si volesse impedire l'uso d'una strada, d'un porto, del lido del mare, sotto pretesto che tali cose essendo pubbliche chiunque possa servirsene ad esclusione degli altri cittadini pei suoi propri bisogni. Appunto perchè pubbliche, l'uso di tali cose non può essere a veruno impedito. Usato che si abbia della strada passeggiandovi, o del porto per ricoverarvi la nave, o del lido del mare per approdarvi, la cosa viene immediatamente, appena sia cessata la regolare precaria occupazione per questi determinati scopi, nell'uso di chi voglia e trovisi nell'opportunità di servirsene. Che se si renda impossibile usare della cosa perchè scarsa ai bisogni dei cittadini, e sia soltanto di giovamento ad alcuni di essi, e non a tutti, questo fatto è certo a deplorarsi, e la pubblica amministrazione sarà sollecita a cercare i rimedi necessari ad impedire che l'inconveniente si rinnovi, ma la cosa, quantunque di fatto abbia servito a pochi privilegiati dalla fortuna, deve pur sempre dichiararsi pubblica.

§ 46. Da quanto precede risulta dunque che il considerare come *comune* l'acqua dei rivi in riguardo all'uso che possa farsene a scopo agricolo od industriale, è commettere una deplorevole confusione: le cose pubbliche si distinguono dalle comuni per le speciali caratteristiche suindicate, e non è esatto adoperare una sola denominazione per indicar cose tra loro profondamente distinte.

Se non è però accettabile questa teoria che dichiara le acque dei rivi non pubbliche, ma comuni, dobbiamo ad ogni modo riconoscere che sostanzialmente noi non ce ne allontaniamo.

§ 47. Vediamo ora se è possibile la dimostrazione che noi

Il Ministero dei Lavori Pùbblici, pur riconoscendo che pe disposto dell'art. 132 e segg. della legge 20 marzo 1865, all. F, non dovevasi ammettere eccezione alcuna vietandosi tassativamente qualunque erogazione d'acque pubbliche senza averne concessione governativa, o legittimo titolo, ammetteva ch , essendo l'acqua per diritto naturale d'uso comune, non fosse da accertarsi contravvenzione a chi ne erogasse *una minima quantità con mezz instabili, di niun pregiudizio al buon regime del fiume e per bisogni discontinui e precarii.*

E però da avvertire che nell'applicazione di tale teoria devesi procedere con le maggiori cautele.

intendiamo proporre perchè abbiano esse acque a considerarsi pubbliche, cioè demaniali (1).

Quali sono i caratteri che occorrono perchè una cosa si dica *d'uso pubblico* o *pubblica?*

Il Romagnosi nella sua mirabile opera *Della Condotta delle acque,* fa in proposito delle considerazioni così assennate, che non possiamo non giovarci di esse nella soluzione del quesito che ci siamo proposti.

Egli osserva che l'attuale destinazione ad uso pubblico d'una cosa, qualunque costituisce propriamente il carattere specifico che contraddistingue legalmente una cosa materiale pubblica dalla privata. La destinazione e l'uso non sono coerenti alla cosa ma dipendono dal fatto dell'uomo, o meglio della pubblica autorità, la quale, togliendo la *relazione solidale* di pubblicità, toglie il carattere fondamentale degli annessi diritti ed obblighi proprii delle cose veramente pubbliche. Ogni cosa materiale considerata in sè stessa non è nè pubblica nè privata. Essa soltanto diviene tale per la relazione della quale vien rivestita. Se essa è rivestita della relazione solidale o complessiva a tutta una società vien caratterizzata come pubblica; se di quella relazione essa manca, cessa d'avere quella denominazione. In altri termini potrà dirsi pubblica se l'uso di essa è dalla legge reso accessibile ad ogni cittadino.

In che consiste la pubblicità d'una cosa? « La pubblicità, osserva l'illustre giureconsulto, è quell'operazione con la quale una cosa vien dedotta a notizia dal maggior numero possibile degli uomini componenti una data popolazione, di modo che peraltro la notizia possa pervenire a tutti indistintamente ». Essa esclude ogni limite o parzialità: include anzi la *possibilità pratica* (e con le parole *possibilità pratica* si allude alle condizioni che rendono la notizia a tutti *facilmente accessibile*) d'essere conosciuta da qualsiasi persona componente una data popolazione. Una cosa non potrà quindi chiamarsi pubblica quando della sua posizione attuale esclude *in fatto* od *in potenza* una qualche parte degl'individui che compongono la persona collettiva del pubblico. Assumerà invece quel predicato « quando sarà in relazione a tutto l'aggregato d'una società che si figura costituire la persona collettiva d'un pubblico (2).

---

(1) Questa teoria (che noi sosteniamo essere ormai consacrata nel nostro sistema legislativo) era vivamente invocata dall'illustre GIOVANETTI nella sua opera *Del regime delle acque* (Vedi il GIANZANA, *Delle acque,* I, pag. 261).

Riteniamo opportuno avvertire nuovamente che il Consiglio superiore dei lavori pubblici adottò questa teoria facendo sue le conclusioni dell'elaborata Relazione dell'ispettore Possenti, alla quale rimandiamo il lettore. È da osservarsi però che in detta Relazione opinavasi doversi estendere ai rivi il disposto dell'art. 427 del codice relativo ai fiumi e torrenti, e doversi ritenere per abrogato l'art. 543, il che non era certo ammessibile.

(2) ROMAGNOSI, *Condotta delle acque,* parte I, lib. I, § 8.

Questi dunque sono i requisiti necessari perchè una cosa possa dirsi *pubblica:*

1.° essere dichiarata tale dal legislatore;

2.° presentare in fatto, od in potenza la possibilità d'usarne a tutti i cittadini costituenti la persona collettiva del pubblico: debba, cioè, ammettere all'uso di essa il maggior numero possibile dei cittadini *che si trovano nella fortunata condizione di poterne usare;*

3.° si faccia luogo non a un *diritto di proprietà*, ma ad un semplice *diritto d'uso;*

4.° dopo avere servito al singolo, sia restituita integralmente all'altrui uso, *per quanto la natura delle cose lo consenta* (1).

§ 48. Concorrono tali requisiti nelle acque di cui trattasi all'art. 543 del codice?

1.° Del primo di questi caratteri non occorre parlare, poichè di esso appunto si disputa.

2.° Presentano in fatto od in potenza la possibilità d'usarne a tutti i cittadini? Senza dubbio. *In fatto*, perchè realmente non usano di esse che i soli proprietari frontisti, anzi soltanto alcuni tra essi; *in potenza*, perchè tutti i cittadini possono essere proprietari di terreni costeggianti un rivo. Come non tutti i cittadini usano di fatto di un porto, o del lido del mare, quantunque pur nondimeno abbiano la possibilità di usarne (2), così non tutti i cittadini usano delle acque dei rivi, ma quelli soli che di fatto trovinsi nella possibilità di usarne. I frontisti trovansi appunto in questa fortunata condizione di cose. Il codice anzi perchè il maggior numero dei cittadini potesse trar beneficio dall'uso delle acque (il che è carattere precipuo della pubblicità) si è voluto accomodare alle leggi della natura, ed ha prescritto che l'uso di esse si facesse successivamente dai proprietari, mentre esse defluiscono nei luoghi inferiori. E se avesse in qualunque altro modo disposto non avrebbe impedito che *il maggior numero possibile di cittadini ne usasse?*

3.° Che le acque del rivo facciano luogo a un *diritto di uso*, e non a un diritto di proprietà, lo abbiamo già dimostrato al § 37 e seguenti. L'art. 543, che trattasi d'intepretare, si esprime in favore del diritto d'uso e non del diritto di proprietà.

4.° Ma (si obbietta) secondo i criterii adottati, l'uso d'una cosa pubblica non ammette che la cosa stessa si esaurisca. Ora se è vero che usando delle acque per forza motrice può dirsi che le acque stesse non si esauriscono, questo non potrà certo dirsi quando di esse si usi a scopo irriguo. Non concorre dunque

---

(1) Questa condizione è corollario della precedente. Quanto all'uso delle cose pubbliche, richiamiamo ciò che abbiamo brevemente accennato al § 4.

(2) Sono i soli marinai che di fatto usano di tale diritto.

tale requisito, perchè le acque dei rivi si debbano riconoscere per pubbliche.

Gli avversari facendo tale obbiezione non tengono conto della natura e degli uffici diversi a cui le cose pubbliche si vogliono destinate. Con la condizione imposta all'utente delle acque del rivo di « restituire le colature e gli avanzi al corso ordinario », evidentemente il legislatore, mentre tendeva ad estendere al maggior numero possibile di cittadini il beneficio dell'acqua, mirava altresì a conservare l'integrità della cosa *per quanto la sua natura lo consentisse.*

§ 49. I requisiti che noi, seguendo le considerazioni teoriche del Romagnosi, abbiam detto occorrere perchè una cosa possa dirsi pubblica, non sono però i soli che si richieggono. Ve n'è un altro che nel nostro diritto positivo è notevolissimo, ma che è a ragione taciuto dal Romagnosi, non essendo in tutte le legislazioni ammesso. Intendo della inalienabilità ed imprescrittibilità della cosa dichiarata pubblica (1).

Le acque di cui all'art. 543 hanno tale requisito? Tutti i giureconsulti sono concordi ad ammetterlo; così pure la giurisprudenza italiana e francese è costante nel riconoscerlo (2). Le cose dei privati non sono nè inalienabili nè imprescrittibili. Se un diritto di proprietà sulle acque dei rivi esistesse in favore dei frontisti, questo diritto non potrebbe quindi essere nè inalienabile nè imprescrittibile. Or come giustificasi questo fatto?

§ 50. Ora che abbiam veduto che tutti quanti i requisiti delle cose demaniali convengono perfettamente ai minori corsi d'acqua, vediamo a quali conseguenze saremmo condotti dichiarando demaniali anche i detti corsi.

Se noi consideriamo il diritto dei frontisti sulle acque dei rivi come un diritto di proprietà (o di comproprietà, che tanto fa lo

---

(1) In Inghilterra, a cagion d'esempio, anche le cose pubbliche sono prescrittibili: occorre però a prescriverle un maggior intervallo di tempo; mentre per le cose private sono bastevoli venti anni, per le cose demaniali si ottiene prescrizione soltanto dopo sessant'anni. Vedi FRANQUEVILLE, *Les Inst. pol. jud. et admin. de l'Angleterre*, lib. II, cap. 2, pag. 332.

(2) « Il diritto dei proprietarii rivieraschi d'usare delle acque naturalmente correnti *non si perde pel non uso*, per il principio che *in facultativis non currit praescriptio.* Nè può aversi riguardo ad alcuna consuetudine contraria. Imperocchè primieramente il codice all'art. 544 stabilisce, che in tutti i casi debbano essere osservati i regolamenti particolari e locali sul corso delle acque, ma non i meri usi. Secondariamente poi, è di tutta evidenza, che quand'anche esistesse un uso contrario, il medesimo dovrebbe dall'autorità giudiziaria proscriversi, perchè la sua osservanza impingerebbe direttamente con la disposizione testuale della legge che dà diritto ai proprietarii dei fondi confrontisti od attraversati dalle acque naturalmente correnti di valersene ». DIONISOTTI, *Delle servitù delle acque*, lib. II, capo 2, sez. III, § 5.

Vedi anche LAURENT, VII, § 268. — Sentenza della Corte d'appello di Casale del 10 gennaio 1863 (Cretus contro Ajmavilla): vedi *La Legge*, vol. III, pag. 1063. — Corte di cassaz. di Palermo, 9 aprile 1867 (Capellari contro Malta): vedi *La Legge*, VII, pag. 653.

stesso), si ha in fin dei conti che questo diritto si risolve in un mero diritto d'uso poichè s'impone che dopo averne usato, si restituisca l'acqua al corso ordinario (1). Il diritto d'uso ed il semplice godimento di una proprietà sono assolutamente identici (2).

Se noi consideriamo invece il diritto dei frontisti come un semplice diritto di pubblico uso, si ha parimenti l'obbligo d'usare regolatamente della cosa, e di restituirla parimenti dopo averne usato all'altrui uso.

In materia d'acque il diritto di proprietà, *per quanto riguarda i singoli*, è adunque identico al diritto di pubblico uso.

Per quanto riguarda invece i rapporti dei singoli con l'Amministrazione si avrebbe in favore di questa un diritto di tutela. Ma tale diritto d'alta sorveglianza che l'Amministrazione avrebbe sui rivi, dichiarando queste acque demaniali, non è dato arbitrariamente: è invece esplicitamente voluto dalla legge 20 marzo 1865 Allegato F.

Le acque dei rivi sono dunque innegabilmente pubbliche, cioè demaniali.

§ 51. Prima però di giungere a tale conclusione occorre eliminare due obbiezioni che ci son mosse.

Per qual ragione, obbiettano gli avversari, ha il legislatore all'art. 543 adoperato a designare i rivi la denominazione vaga ed incerta di « un'acqua? » perchè non ha esplicitamente riconosciuto, come ha fatto pei fiumi e torrenti che quest' « acqua » era pubblica, se tale era la sua mente?

Il dichiarare pubblica una cosa significa nel nostro diritto assoggettarla alla pubblica tutela. Tale dichiarazione è di così grave momento che certo, ove il legislatore avesse omesso dal farla, noi non ci saremmo indotti ad argomentarla. Ma il legislatore non si è punto astenuto dal fare tale dichiarazione. Nella legge 20 marzo 1865 All. F. ha ciò esplicitamente riconosciuto.

A nulla conduceva fare tale dichiarazione nel codice. Il codice, che è legge d'indole puramente privata, ed ove trattasi dei diritti dei singoli e non già dell'ingerenza dell'autorità, non doveva preoccuparsi d'altro che dei diritti che ai singoli competono. Scrupolosamente ha ai singoli procurato tutti quanti i beneficii che potevano ottenersi, ed ha loro imposto tutti quanti i doveri che avrebbero dovuto adempiere pel godimento della cosa pubblica: a che avrebbe dunque giovato ripetere ciò che era in altra legge formalmente e incontestabilmente stabilito?

---

(1) Si consideri l'obbligo di restituire gli avanzi e le colature al corso ordinario come una servitù imposta dalla situazione dei luoghi, o come l'obbligo generale che incombe a chi usi di una cosa pubblica, di lasciarla, dopo averne usato, per quanto possibile integralmente all'altrui uso, il beneficio che i frontisti hanno in favor loro sarà pur sempre identico, e identiche saranno le condizioni dell'uso stesso.

(2) LAURENT, *Princ. di dir. civ.*, VII, §. 227.

§ 52. L'altra obbiezione, che è la più grave, anzi la sola grave, che si opponga alla tesi che noi sosteniamo, è questa.

Il più volte citato art. 543 determinando di quali acque intenda parlare, cioè di quelle che corrono naturalmente e senza opere manufatte, contiene l'espressione « tranne quella dichiarata demaniale dall'art. 427 » ed all'art. 427 si tratta solo, come abbiam già veduto, di *fiumi* e *torrenti*. È evidente, dicesi, che qui il legislatore ha voluto contrapporre i rivi ai fiumi e torrenti: se dall'art. 543 si son escluse le acque demaniali, evidentemente i rivi, che sono le acque di cui si tratta al detto articolo, non sono acque demaniali.

Per quanto grave sia l'obbiezione, noi fermamente riteniamo che non sia sufficiente ad infirmare la nostra opinione.

Anzitutto non è esatto il dire che il legislatore abbia escluso i rivi dal novero delle acque demaniali. Esso si è limitato invece (e ne diremo più innanzi le ragioni) ad escludere dall'art. 543 quelle tra le acque demaniali di cui aveva parlato all'art. 427; con l'espressione « tranne quella *che è stata* dichiarata demaniale dall'art. 427 » non fa altro che affermare che quella di cui all'art. 427 è stata dichiarata demaniale. *Di fatto* i rivi non sono stati *dichiarati* demaniali all'art. 427; la demanialità loro, che deducesi dalla natura dei diritti e dei doveri che spettano agli utenti delle loro acque, e, quel che è più, dalla esplicita dichiarazione del legislatore stesso, è però innegabile come è innegabile la demanialità dei laghi, canali, ecc. che pur non sono stati *dichiarati* demaniali all'articolo 427.

§ 53. Comunque siasi, ci si oppone, è però sempre una distinzione che il legislatore ha voluto fare tra i rivi, e fiumi e torrenti. Quali sono le ragioni che l'hanno indotto a fare tale distinzione tra acque di una medesima categoria, ed aventi gli identici requisiti?

La ragione di ciò noi la troviamo nella storia.

Nel Medio Evo, quando si abbandonò il sistema romano della pubblicità delle cose (1), e si dissero tutte proprietà del Principe, anche le acque, come le strade, i porti e in generale tutte

(1) La legislazione giustinianea senza entrare nel ginepraio di distinzioni tra le varie categorie di acque, da cui si comprendeva che non sarebbe stato facile potersi distrigare, dichiarava pubblico non già il corso d'acqua, ma l'uso cui avrebbe potuto inservire. Conseguentemente a questo principio, nei fiumi navigabili dichiaravasi pubblico l'uso della navigazione, e nei non navigabili, tutti gli altri. Di quella parte d'acque però che nei corsi navigabili sopravanzava all'uso della navigazione, potevasi solo usare per concessione del principe. E ciò saviamente: non avendo quasi alcuna azione l'autorità amministrativa sull'uso delle cose pubbliche, temevasi fondatamente che potessero stabilirsi nei corsi navigabili usi così eccessivi da esaurire il fiume e rendere impossibile la navigazione, che pur riconoscevasi essere il principale dei vantaggi che dalle acque possono ricavarsi. Era perciò ragionevole che la suprema autorità esaminasse caso per caso se una data derivazione d'acque non fosse per arrecarvi alcun pregiudizio.

le cose pubbliche, si considerarono come dipendenza del suo patrimonio privato. Però questo diritto di proprietà ebbe consistenza soltanto sulle acque navigabili, poichè l'uso della navigazione era quello soltanto che poteva arrecar qualche lucro, tutti gli altri usi essendo affatto non curati per l'abbandono in cui trovavasi ogni cultura Quindi è che noi troviamo negli atti pubblici che ancor si conservano, proclamati tra le cose *regali* i fiumi e torrenti navigabili, e non già tutti quanti i corsi d'acqua naturali (1). S'ignora quale fosse per quei tempi la natura giuridica delle acque dei rivi; forse non saremo lungi dal vero ritenendo che esse siano state considerate come cosa comune, più che come proprietà dei frontisti; ad ogni modo, certo è che non furono mai per la loro poca importanza *nel patrimonio* del principe (2).

Le acque dei fiumi e torrenti navigabili non si mantennero lungamente nel suo patrimonio. Ad impedire le molte usurpazioni che tentavansi in pregiudizio di questo suo dominio, il Principe cessò dal dichiararle di sua privata proprietà, e le disse proprietà della Corona o dello Stato, e più tardi dipendenza del Demanio Pubblico, che valeva quanto dichiararle proprietà dei cittadini sotto l'alta tutela dello Stato (3). Così a poco a poco si reintegrò il senso giuridico che sulla pubblicità delle acque

---

(1) Federico Barbarossa fu il primo che proclamò *regali* i fiumi navigabili e quelli che concorrono a farne altri navigabili (*flumina navigabilia et ex quibus navigabilia fiant*, codex feudorum, tit. 56. *Quae sint regaliae de feudis*). Da questa proclamazione dei diritti *regali* fu originato l'abbandono del sistema romano in materia d'acque. Dei tre requisiti che costituivano, come abbiamo veduto, il *flumen publicum*, la perennità, che era il più importante, venne ad esser considerato come un fenomeno fisico di poco conto, mentre invece si riconobbe come *regale* (il concetto di *pubblico* doveva risorgere molto più tardi) quel corso che avesse il requisito essenziale della navigabilità.

In Piemonte non si considerarono demaniali soltanto i fiumi e torrenti navigabili ed atti al trasporto, come altrove, ma *tutti* i fiumi e torrenti. Tra gli atti pubblici che ancora si conservano non se ne trova alcuno col quale concedasi l'uso delle acque dei rivi, ma soltanto di quelle dei fiumi e torrenti. Consulta la *Raccolta delle leggi della Savoia* di AMATO e DUBOIN, tomo XXIV, tit. VI.

(2) Per la legislazione in materia d'acqua vigente durante il dominio della Repubblica veneta, *tutte le acque* del territorio veneto erano considerate di *proprietà demaniale e pubbliche*, come risulta dalla Terminazione del Senato 6 febbraio 1856. Perciò erano anche i *rivi* considerati come *acque pubbliche.*

(3) È notevole la locuzione adottata dalle RR. Costituzioni del Piemonte del 7 aprile 1870 al lib. V, tit. 7 (art. 1.°) per dichiarare pubblici i fiumi e torrenti: — Dichiariamo tutti i fiumi e torrenti dei nostri Stati essere *regali* e *per conseguenza* del *Nostro* Demanio. — Ed all'art. 2 si stabiliva: — Nessuno potrà estrarne (*dai fiumi e torrenti*) navigli, bealere o acquedotti per introdurre nei suoi beni e finaggi o farvi argini per molini o altri edifizii sull'acqua, sotto pena di scudi cento, salvo ne abbia un legittimo titolo o ne ottenga da noi la concessione al pagamento dei diritti che stimeremo di riservarci in ricognizione del nostro *diretto dominio*. — A queste locuzioni fa riscontro quella dell'art. 558 del cod. Albertino: «...., tranne quella dichiarata *di ragione* del *Regio Demanio* ». Si vede il passaggio che il concetto della pubblicità dovè fare dal Medio Evo ai tempi nostri per ritornare in certo qual modo alle tradizioni romane.

era andato intieramente smarrito nelle età di mezzo; vi si aggiunse però il concetto tutto moderno, e indubbiamente civile, dell'alta sorveglianza per parte dello Stato. Senonchè, mentre pei rivi non contestavasi che fossero cose di pubblico uso, rimase pei fiumi e torrenti (come conseguenza dell'antico sistema che consideravali come proprietà del Principe, della Corona, o dello Stato) l'illiberale teoria di assoggettarne l'uso al pagamento d'un canone o tassa, come corrispettivo del beneficio, quasi fossero sempre in certo qual modo proprietà dello Stato, nonostante dall'art. 427 del vigente codice fossero stati dichiarati del pubbico demanio. Cosicchè avevasi questa strana anomalia che *cose pubbliche* potessero essere, fossero anzi, nel *patrimonio* dello Stato.

Tale anomalia, se può dirsi scomparsa per gli usi della navigazione fin dal giorno in cui di fatto si attuò il principio della libertà della navigazione coll'abolizione delle tasse che la gravano e l'inceppavano (1), esiste e perdura tuttavia per gli usi irrigui od industriali pei quali pagasi una tassa o canone.

Il legislatore aveva quindi ragione di distinguere all'art. 543 del codice la categoria dei fiumi e torrenti da quella dei rivi, poichè se da un lato erasi intravveduto che le acque dei fiumi e torrenti non potevano essere di uso pubblico, come le strade, il lido del mare, i porti, e le altre cose demaniali, ed a ragione si ponevano tra le cose inservienti all'uso pubblico indicate dall'art. 427; dall'altro non potevasi non riconoscere che esigendosi tasse per l'uso delle acque dei fiumi e torrenti, non erano queste acque nella identica condizione giuridica di quelle dei rivi, per l'uso delle quali non pagavasi canone, e sulla cui pubblicità non correva dubbio veruno (2).

---

(1) Questo principio fu misconosciuto fino al 1879 nel quale anno (legge 29 giugno, n. 4944) effettivamente si abolirono tutte le tasse ancora esistenti sulla navigazione interna. La libertà della navigazione erasi proclamata all'art. 141 della legge 20 marzo 1865, all. F, che aveva riprodotto il disposto dell'art. 109 della legge 20 novembre 1859.

(2) Nella discussione del progetto di legge sulla derivazione delle acque pubbliche che si tenne alla Camera dei deputati nel 1880, e che ora è ripresentato alle deliberazioni del Parlamento, l'on. Ministro delle finanze osservò che il canone che s'impone per l'uso delle acque dei fiumi e torrenti a scopi irrigui od industriali deve essere considerato come un canone ricognitivo dell'alto dominio dello Stato, e non già come corrispettivo di un benefizio. Ma tale canone ricognitivo dell'alto dominio dello Stato sui fiumi e torrenti non ha alcuna ragione d'essere, poichè, come abbiamo dimostrato a suo luogo, lo Stato non ha un dominio su tali corsi d'acqua: esso è semplicemente il *depositario* di tali beni che *appartengono* alla persona collettiva del pubblico, e che in suo nome e nel suo interesse esso amministra. È perciò vivamente da desiderarsi che tali canoni scompaiano, perchè delle cose pubbliche l'uso dev'essere libero. Così pure è da desiderarsi che scompaiano dalla legge dei lavori pubblici le seguenti espressioni: « *i prezzi di vendita* delle acque pubbliche », « le nuove concessioni *in proprietà assoluta* », e consimili, che deturpano gli articoli 3, 133 di detta legge. Delle acque pubbliche può cedersi, anche se a tempo indefinito, l'*uso* e non mai la *proprietà*.

L'espressione adunque dell'art. 543 « tranne quella dichiarata demaniale dell'art. 427 », di cui noi ci occupiamo, non è da riferirsi ai rivi, quasi volesse questi escludere dalla categoria delle acque pubbliche, ma è invece da riferirsi ai fiumi e torrenti, che (contraddicendosi in modo ingiustificabile ad ogni principio scientifico) volevansi porre e ponevansi tra le cose patrimoniali, arrecanti lucro allo Stato.

CONCLUSIONI

§ 54. La tesi che noi abbiam sostenuta, ci sembra adunque pienamente dimostrata: *La legge dei lavori pubblici non è in antinomia con le disposizioni del codice in materia d'acqua.*

Tutto il nostro sistema legislativo in questa materia consiste dunque, secondo la teoria che ci siam proposti di dimostrare, nei seguenti principii:

1.° le acque si distinguono in pubbliche o private;

2.° le sorgenti sono acque private;

3.° tutti i corsi d'acqua naturali, qualunque sia la loro portata, e con qualsivoglia nome si designino (fiume, torrente, rivo (1), ecc., sono acque pubbliche, cioè demaniali;

4.° l'uso delle acque pubbliche consiste nella navigazione, se il corso è navigabile; nel derivarle a scopo irriguo, per forza motrice (2), od altri scopi, se non navigabile, o se, essendo navigabile, avanzi una quantità d'acqua disponibile oltre i bisogni della navigazione;

5.° l'uso della navigazione nei corsi navigabili è preminente ad ogni altro uso.

Ammettendo questi principii avremo una volta per sempre abbandonata la fallace teoria di considerar come pubbliche soltanto le acque navigabili, come se altre acque non arrecassero tali vantaggi da meritarsi ancor esse la qualifica di pubbliche; e l'altra teoria ancor più fallace di considerar le acque dei fiumi e torrenti come *pertinenza patrimoniale* dello Stato.

ALFREDO MAZZA.

(1) E l'eliminare tutte queste denominazioni vaghe ed incerte con le quali gli autori di diritto si compiacciono di designare i corsi d'acqua naturali, e che pur sono dai pratici ripudiate come assolutamente insufficienti, è, a nostro parere, non trascurabile conseguenza della nostra interpretazione.

(2) L'uso delle acque per forza motrice non importa necessariamente che siano divertite dal corso ordinario.

APPENDICE XVIII.

Delle servitù legali in ordine alle strade e ferrovie secondo la legislazione italiana

Stimiamo utile riportare qui riunite le varie disposizioni concernenti la polizia e le servitù legali in ordine alle strade e ferrovie.

POLIZIA DELLE STRADE

Sezione I.

Strade nazionali e provinciali.

Art. 55. Nessuno può senza mandato o licenza dell'amministrzione fare opere o depositi anche temporanei sulle strade, nè alterarne la forma od invaderne il suolo.

È proibito altresì di far cosa che rechi danno alle strade, alle opere relative, non che alle piantagioni che appartengono alla strada stessa.

Art. 56. È vietato a chiunque di porre impedimento al libero scolo delle acque nei fossi laterali alla strada, come pure di stabilire nei medesimi maceratoi di canapa o lino.

È ugualmente vietato d'impedire il libero deflusso delle acque che si scaricano dalle strade sui terreni più bassi.

Art. 57. Per le diramazioni di altre strade dalle nazionali o provinciali, non che per l'accesso da queste ai fondi e fabbricati laterali, le provincie, i Comuni o i proprietari interessati debbono formare e mantenere gli opportuni ponti sui fossi laterali, senza alterare la sezione delle strade, nè il loro piano viabile, ed uniformandosi alle norme da prescriversi dal prefetto o dalla deputazione provinciale, da cui rispettivamente dovrà previamente ottenersi licenza.

Art. 58. È proibito di scaricare nei fossi delle strade e d. condurre in essi acque di qualunque natura, salvi i diritti acquisiti e le regolari concessioni.

Art. 59. I proprietari e gli utenti di canali artificiali esistenti lateralmente od in contatto alle strade sono obbligati ad impedire la espansione delle acque sulle medesime ed ogni guasto al corpo stradale e sue pertinenze.

Art. 60. Debbono i proprietari mantenere le ripe dei fondi laterali alla strada in istato tale da impedire lo scoscendimento del terreno od ingombro dei fossi e del piano viabile.

Art. 61. La irrigazione dei terreni laterali alle strade deve essere regolata in modo che non ne derivi alcun danno alle medesime, formando, secondo il bisogno, un contrafosso.

Art. 62. È vietato di condurre a pascolare bestiame di qualunque sorta lungo i cigli, le scarpe ed i fossi stradali.

Art. 63. È parimenti vietato di fare scendere il bestiame sulle scarpe della strada per abbeverarlo in fossi o canali laterali. Quando occorra, saranno praticati gli opportuni abbeveratoi a carico di chi di ragione sotto le norme da prescriversi dall'autorità competente.

Art. 61. Non è lecito di condurre a strascico sulle strade legnami di qualunque sorta o dimensione, ancorchè in parte fossero sostenuti da ruote. È pure vietato l'uso delle treggie, salvo in quanto servano al solo trasporto degli strumenti aratori, e salvo pure l'uso delle slitte nel tempo in cui le strade sono coperte di ghiaccio o di neve.

Art. 65. Nelle traverse degli abitati il suolo delle strade non può sotto verun pretesto venire ingombrato nè di giorno nè di notte, salve temporanee occupazioni per esercizio di commercio od altro uso a comodo pubblico dietro il permesso dell'autorità competente.

Art. 66. Pei fabbricati ed altre opere da farsi lungo le strade fuori degli abitati si osserveranno le seguenti distanze misurate dal ciglio:

a) Per le fornaci, fucine e fonderie 50 metri;

b) Per le case ed altre fabbriche non che per i muri di cinta 3 metri.

Art. 67. Pei tiri al bersaglio, stabilimenti ed opifizii che interessano la sicurezza o la salubrità pubblica, la distanza sarà fissata caso per caso dalla competente autorità.

Art. 68. Pei canali, pei fossi e per qualunque escavazione venga praticata nei terreni laterali, la distanza sarà uguale almeno alla loro profondità, partendo dal ciglio esterno del fosso stradale ove questo esiste, oppure dal piede della scarpa, se la strada è in rilevato.

Una tale distanza non potrà essere mai minore di 3 metri, quantunque l'escavazione del terreno non sia meno profonda.

Art. 69. È vietato ai proprietari di piantare alberi e siepi lateralmente alla strada a distanze minori delle seguenti:

a) Per gli alberi di alto fusto, metri 3 misurati dal ciglio della strada;

b) Per le siepi, tenute all'altezza non maggiore di un metro e mezzo sul terreno, centimetri 50 misurati dal ciglio esterno del fosso, ove questo esista, oppure dal piede della scarpa dove la strada è in rilevato;

In ogni caso la distanza non sarà mai minore di un metro misurato dal ciglio della strada.

c) Per le siepi di maggior altezza la distanza sarà di 3 metri misurati pure dal ciglio della strada.

Art. 70. Per i piantamenti presso le città o comuni ad uso di pubblico passeggio, le distanze saranno stabilite in conformità dei piani approvati dall'autorità competente.

Art. 71. I piantamenti dei terreni a bosco saranno tenuti alla distanza di 100 metri dal ciglio della strada.

Art. 72. Per le strade di montagna la distanza dei fabbricati basterà che sia tale da impedire che lo stillicidio cada sul piano stradale, o sulla scarpa del rilevato.

I muri di cinta non che i canali e i piantamenti di alberi, siepi e boschi saranno tollerati fino alla distanza di mezzo metro dal confine della proprietà stradale.

Art. 73. Le piante, le siepi ed i boschi ora esistenti a fianco delle strade sono tollerati qualora non rechino un riconosciuto pregiudizio; ma giungendo a maturità o deperimento, non potranno venir surrogati fuorchè alle distanze sovra stabilite.

Art. 74. Per i boschi laterali alle strade di montagna è riservata all'amministrazione superiore la facoltà d'impedirne lo sradicamento in tutti i casi ove potesse essere minacciata la sicurezza della strada dalle valanghe e dalle frane.

Art. 75. I proprietari sono obbligati a tener regolate le siepi vive, in modo da non restringere o danneggiare la strada, e a far tagliare i rami delle piante che si protendono oltre il ciglio stradale.

Quando essi non operino questo taglio entro il termine assegnato da un avviso del sindaco, potrà l'amministrazione far recidere a loro spese i rami sporgenti.

Art. 76. I fabbricati e muri di qualunque genere esistenti lungo le strade debbono essere conservati in modo da non compromettere la sicurezza pubblica.

Se il proprietario a ciò non provveda, ed i fabbricati minaccino rovina, l'autorità della provincia o del Comune può provocare dal giudice competente la facoltà di demolirli a spese dello stesso proprietario, salvi quei provvedimenti istantanei che sono nelle attribuzioni del sindaco per la pubblica sicurezza.

In occasione dei lavori lungo le strade saranno apposti i convenienti ripari, e mantenuti durante la notte i necessarii lumi con quelle avvertenze che saranno dall'amministrazione prescritte.

Art. 77. Per via di regolamento approvato con decreto reale saranno stabilite le norme necessarie per guarentire la libertà della circolazione e la materiale sicurezza del passaggio.

Art. 78. Chi per imprudenza o negligenza avrà col proprio veicolo danneggiata la strada o le opere dipendenti sarà tenuto a riparare il danno.

Art 79. Ognuno risponde civilmente dei proprii sottoposti per le infrazioni alle precedenti disposizioni di polizia stradale ed alle discipline del regolamento relativo.

Sezione II.

Strade comunali.

Art. 80. Le disposizioni contenute nei precedenti articoli 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 75, 76, 78 e 79 sono applicabili alle strade comunali.

Art. 81. È vietato di far piantamenti di alberi e di siepi di qualunque sorta sul suolo stradale di ragione comunale.

I nuovi piantamenti nei terreni laterali alle strade si faranno alla distanza di un metro dal ciglio della strada, oppure dal ciglio esterno del fosso quando questo esiste.

Art. 82. I fabbricati ed i muri di cinta potranno essere stabiliti sul limite della strada comunale, salvo ad osservare la debita distanza per lo stillicidio, quando lo scolo delle acque piovane dai tetti non venga diretto fuori del suolo stradale.

Art. 83. In ordine ai veicoli saranno anche per le strade comunali stabilite nel regolamento citato al precedente art. 77, le discipline convenienti nell'interesse pubblico.

Sezione III.

Strade vicinali.

Art. 84. Nessuno può ingombrare o scaricare acque o fare opera qualunque la quale pregiudichi il libero passaggio sulle strade vicinali, o alteri la forma di esse.

I contravventori saranno tenuti a risarcire i danni e rimettere le cose nel primiero stato.

Servitù legali delle ferrovie pubbliche e delle proprietà coerenti.

Art. 233. Le disposizioni della presente legge concernenti la conservazione del suolo delle strade ordinarie nazionali, provinciali e comunali, e delle loro dipendenze, sono applicabili alle strade ferrate pubbliche e loro dipendenze ed accessori.

Art. 234. Le proprietà laterali alle strade ferrate pubbliche sono soggette a tutte le servitù e pesi imposti dalla presente legge alle proprietà coerenti alle strade ordinarie nazionali, provinciali e comunali, colle modificazioni risultanti dagli articoli seguenti.

Art. 235. È proibito a chiunque costruire muri, case, capanne, tettoie od altro qualsivoglia edifizio, e di allevare piante a distanza minore di metri sei dalla linea della più vicina rotaia di una strada ferrata, la quale misura dovrà, occorrendo, aumentarsi in guisa che le anzidette costruzioni non riescano mai a minore distanza di metri due dal ciglio degli sterri, o dal piede dei rilevati.

Tali distanze potranno essere diminuite di un metro per le siepi, muricciuoli di cinta e steccati di altezza non maggiore di metri 1,50.

Chi costruisce od esercita la strada ferrata è in diritto di richiedere che siano accresciute le dette distanze a misura conveniente per rendere libera la visuale alla portata necessaria per la sicurezza della locomozione al lato convesso dei tratti curvilinei.

Art. 236. Laddove le strade ferrate sono in rilevato non minore di tre metri, i proprietarii dei beni laterali non potranno praticare alcuno scavamento a distanza minore di tre metri dal piede del rilevato medesimo.

Art. 237. É proibito a chiunque di costrurre a distanza minore di venti metri dalla più vicina rotaia di una strada ferrata, la quale si eserciti con macchine a fuoco, delle case o capanne in legno od in paglia, o con copertura di legno o di paglia, o di fare cumuli in qualsivoglia materia combustibile.

In siffatto caso, ove non risulti che l'esistenza degli anzidetti oggetti abbia cominciato dopo che la linea della ferrovia era stata fatta conoscere al pubblico o con piani esecutivi definitivamente approvati, o con visibili tracciamenti definitivi sul terreno, sarà dovuta ai proprietarii una competente indennità da determinarsi nel modo prescritto dalla legge sulle espropriazioni per causa di utilità pubblica.

Tale divieto non deve però intendersi esteso ai depositi temporanei dei prodotti del suolo che si fanno al tempo del raccolto.

Art. 238. I depositi di pietre o di qualunque altro materiale incombustibile nei terreni laterali ad una ferrovia, quando si elevano al di sopra del livello delle rotaie, dovranno essere tenuti alla distanza prescritta dall'art. 235.

Art. 239. Quando la sicurezza pubblica, la conservazione delle ferrovie e le particolari circostanze locali lo consentano, con decreto ministeriale, sentito il parere del Consiglio dei lavori pubblici, potranno essere autorizzate delle riduzioni alle distanze prescritte agli articoli precedenti.

In tali casi però, se si tratta di ferrovie non esercitate dallo Stato, dovranno sempre intendersi le osservazioni dei concessionarii dell'esercizio.

Art. 240. Se all'epoca dello stabilimento di una strada ferrata esisteranno nelle proprietà laterali, a distanze minori di quelle prescritte dagli articoli precedenti, degli edificii, capanne, piantamenti, siepi, steccati, muriccioli di cinta, cumuli di materie qualunque o scavamenti, i proprietarii potranno venire obbligati ad abbatterli o toglierli od a colmarli, quando ciò sia riconosciuto necessario per la sicurezza pubblica e per la conservazione e regolarità dell'esercizio delle strade.

I fabbricati e gli scavamenti pei quali non risulti necessario l'abbattimento od il riempimento, potranno essere mantenuti

nello stato in cui si trovano, e potranno farvisi quelle innovazioni soltanto che non tolgono loro la riconosciuta innocuità.

Art. 241. Per la esecuzione delle disposizioni dell'articolo precedente, chi costruisce la ferrovia dovrà, entro il termine non maggiore di un mese dalla data della pubblicazione dei piani definitivi, procedere a regolari descrizioni degli oggetti in esso articolo contemplati.

APPENDICE XIX.

La disposizione del secondo capoverso dell'articolo 562 C. C., che il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le volte, i solai e i soffitti che coprono i luoghi di sua proprietà, deve essere intesa in modo che non avvenga al proprietario del piano superiore d'introdursi nei locali appartenenti al proprietario del piano inferiore.

Gli articoli 562, 563 e 564 del codice civile racchiudono la teoria dell'edificio comune a più proprietarii; teoria, oltre ogni dire, difficile: « talune cose contengono in sè, con le molestie talvolta inseparabili dalla stessa proprietà, tutti i disegni e gli incomodi delle comunioni. E tali sono in grado supremo gli edificii appartenenti a più comproprietarii e soci nel condominio di essi. Questi edificii comuni a parecchi sono stati sempre e sono tuttora scaturigine inesauribile di liti; e tanto maggiormente, quanto è più incerto e meno esplorato il diritto che vuole ad essi applicarsi. Ondechè non vi ha forse materia del diritto civile di più difficile trattazione che questa degli edificii comuni; non vi ha materia, in cui sieno stati più frequenti e più tormentosi gli errori. E singolar cosa è, che mentre la civiltà, la quale s'inoltra, promuove la divisione delle comunioni primitive, questa comunione degli edificii è stata appunto originata dalla civiltà cresciuta, dalla moltitudine aumentata degli abitanti, dalla successiva mutazione de' costumi loro e degli usi e modi nuovi della vita. Avviene quindi che questi edificii comuni, ignoti nell'età prima del diritto, sono rari ne' villaggi e ne' piccoli centri di popolazione, frequentissimi nelle grandi

città moderne, massime in Italia, dove le popolazioni sogliono stringere i loro caseggiati in piccole aree » (1).

Quando i diversi piani di una casa appartengono a più proprietari, e i titoli di proprietà non provvedono circa le riparazioni e ricostruzioni, queste devono farsi nel modo stabilito negli articoli 562 e 563. Giusta gli articoli cennati, fa d'uopo distinguere le spese non comuni dalle spese comuni. Tra le prime vuolsi annoverare quella di cui è parola nel secondo capoverso dell'art. 562: Il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le volte, i solai e i soffitti che coprono i luoghi di sua proprietà.

Viva controversia è surta circa l'interpretazione di questo capoverso. Lo Scalamandrè, dopo ricordata la disposizione racchiusa nell'art. 585 delle leggi civili napoletane: « il proprietario di ciascun piano fa il pavimento su cui cammina, come trovasi costrutto, o a vôlta o a travi »; soggiunge: « Il codice civile italiano, immutando questo diritto, distingue i pavimenti a vôlta da' pavimenti a travi e chiancole, e per questi ultimi lascia in vigore il diritto precedente, dappoichè le contignazioni a palchi vivi di travi e chiancole non vanno comprese, secondo il codice stesso, nella denominazione di *solai* e *soffitti* di copertura posti a carico del proprietario inferiore » (2).

Il Francillo, in una *Rivista* del libro dello Scalamandrè, notava in contrario: « Finora si è ritenuto ed assodato il principio, che in un edificio i cui piani appartengono a diversi proprietarii, ogni proprietario fa e mantiene il pavimento su cui cammina, sia di lapillo, sia di quadrelli, sia di altra costruzione, intendendosi sempre per pavimento una cosa superficiaria, dirò così, e come di rivestimento al sostegno sottoposto che può essere o di fabbrica o di altro materiale, non che la covertura superiore, escluso il pavimento così inteso. Questa opinione è stata universalmente accettata e stabilita anche legalmente dietro pronunziati del magistrato. Ora il nostro Autore la pensa diversamente, interpretando in tutt'altro modo l'art. 562. Egli fa la distinzione di pavimenti a vôlta e di quelli a soffitti, perchè, a suo modo di vedere, la legge mette a carico del proprietario coverto solo la vôlta di fabbrica e non la contignazione, ossia quella intessitura di travi e panconcelli che forma appoggio del lastricato, mettendolo a carico del proprietario superiore calpestante. Questa opinione è strana. In primo luogo la legge non ha una ragione sufficiente per fare una siffatta distinzione, e far pagare al proprietario sottoposto solo quando è il caso che sia coverta da vôlta di fabbrica. Per quale considerazione vorrebbe privilegiare quelli che sono coverti con soffitti di legname?

(1) Scalamandrè, *Il diritto degli edificii comuni a più proprietarii*, Napoli 1873, *Avvertenze preliminari*.

(2) Scalamandrè, *loc. cit.*, cap. II, n. 15.

In secondo luogo è d'uopo riflettere che il vocabolo pavimento deriva dal verbo *pavio*, battere, da cui si fa *pavimento*, come da *arguo* si fa argomento, e via. Quindi vuol dire in buono italiano cosa battuta, che è tutta superficiaria e non comprende il sostegno, sia di fabbrica, sia di legname o di altro materiale. In terzo luogo, l'interpretazione che l'autore dà alle parole *soffitti* e *solai* non è punto soddisfacente. Egli, appoggiandosi al dizionario del de Arberti, a cui si affida principalmente perchè fatto nel Piemonte, donde è venuta la legge, ritiene che sotto questo vocabolo si debbono intendere delle costruzioni leggiere ed intermedie inservienti per stanze da domestici e per depositi di mercanzie e suppellettili. A me pare che quando i vocaboli *soffitti* e *solai* si dovessero prendere in questo senso, la legge non avrebbe avuto bisogno di dichiarare a carico di chi dovesse andare la rifazione o ricostruzione di tali località, essendo cosa tutta interna e particolare di colui che è coperto, e quindi evidentemente i lavori occorrenti per la stessa andrebbero tutti a suo carico... » (1).

La Corte di cassazione di Torino, in due pronunziati, riconosceva la saldezza di queste ragioni, elevandosi nello stesso tempo ai principii di libertà civile cui a tal riguardo s'informava il nostro legislatore.

Disse la Corte: « Se il codice francese all'art. 664 obbliga soltanto il proprietario di ciascun piano di una casa a fare il pavimento su cui cammina, il codice Albertino all'art. 584 e il nuovo codice italiano all'art. 562, della cui applicazione si tratta, a troncare i dubbii aggiungono l'obbligo di fare e mantenere le vôlte, i solai e soffitti superiori, di guisa che tutto l'ambiente deve rimanere in ogni sua parte chiuso e conservato a spese del suo proprietario. La cosa torna anche più evidente laddove si consideri come il patrio legislatore abbia inteso di provvedere alla sicurezza colla inviolabilità del domicilio, disponendo in modo che per le occorrenti ricostruzioni o riparazioni non avvenga al proprietario del piano superiore d'introdursi nei locali appartenenti al proprietario del piano inferiore; abbia tenuto conto dell'uso diretto, proprio e necessario, cui le vôlte, i solai, i soffitti sono destinati; e, ponendo a carico del proprietario di ciascun piano non solo il pavimento, ma anche le vôlte, sebbene sopra le vôlte possa il proprietario del piano superiore costruire il pavimento, sia venuto ad escludere ogni incertezza in proposito ». Quell'intonaco quindi che aderisce all'impalcatura è a carico del proprietário sottostante (2).

---

(1) *Poche osservazioni sul libro intitolato: « Diritto degli edificii comuni a più proprietarii »*, G. Scalamandrè; — nella *Gazzetta del Procuratore*, anno IX, n. 2 (21 febbraio 1874).

(2) Sentenza del 23 dicembre 1873, Cerruti c. Balletta. — Vedi *Gazzetta del Procuratore*, anno IX, n. 8 4 aprile 1874).

« L'art. 562 del codice civile dispone, al secondo capoverso, che il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le vôlte, i solai e i soffitti che coprono i luoghi di sua proprietà; onde si appalesa che il coperchio dell'ambiente inferiore debba essere fatto e mantenuto dal suo proprietario, sebbene possa valere di appoggio al pavimento su cui cammina il proprietario del piano superiore. Ciò è conforme all'uso cui la vôlta, il solaio ed il soffitto sono destinati, poichè servono direttamente a coprire il rispettivo locale di ciascun piano; onde male si argomenta in contrario dal seguente capoverso dello stesso art. 562, il quale pone la costruzione e la manutenzione delle scale a carico dei proprietarii dei diversi piani a cui servono, essendo appunto che la disposizione della legge è determinata dall'uso proprio cui la cosa è destinata. Ciò è consentaneo eziandio alla inviolabilità ed al rispetto nel domicilio: nelle occorrenti opere di restauro non avviene che il proprietario di un piano s'introduca nei luoghi appartenenti al proprietario di un altro piano (1).

Il Supremo Collegio di Napoli, con sentenza del 9 luglio 1872, aveva pure adottata la medesima dottrina. Il codice italiano, disse la Corte, ha inteso di separare la parte superiore del pavimento da quella ad esso sottoposta; e come la prima serve all'uso ed al comodo del proprietario superiore, e l'altra serve di covertura al piano sottostante, così ha creduto di dividere la spesa, facendola rendere quasi in proporzione del vantaggio che ciascuno dei proprietarii ritrae. Con tale interpretazione, rispondente alla lettera ed allo spirito della legge, si conciliano pienamente gl'interessi dei diversi proprietarii; noi quindi crediamo che la medesima fra non molto tempo costituirà un punto incontroverso nella giurisprudenza.

Il Laserra, in un bel lavoro sull'art. 562 del codice italiano, qui appresso riportato in appendice, osserva acconciamente che, quando i diversi piani di una casa appartengono a più proprietarii, costoro sono in parte proprietarii esclusivi ed in parte comproprietarii. Tra gli elementi di comproprietà vi ha il suolo ove è fabbricata la casa, e del quale non potevano però godere tutti nella stessa misura secondo le passate leggi (napoletane), ed una certa ineguaglianza offendeva l'equità naturale; dappoichè nel mentre il proprietario che poggia il suo pavimento sul suolo non era tenuto a costruire o ripristinare nessun solaio e nessuna vôlta, tutti gli altri dovevano sobbarcarsi a questo obbligo. È venuto il codice sardo, è venuto il codice italiano, ed hanno ristaurata l'equità offesa, equiparando la condizione giuridica di tutti; e difatti con la disposizione del nuovo codice

(1) Sentenza del 23 dicembre 1873, Perrotti c. Balasco. — Vedi *Gazzetta del Procuratore*, anno IX, n. 8 (4 aprile 1874).

quest'obbligo è uguale per tutti i diversi proprietarii, ciascuno dei quali è tenuto a fare e mantenere il sostegno del pavimento del piano superiore, sicchè il proprietario del pianterreno fa e mantiene il solaio o la vôlta che sostiene il primo piano in compenso del suolo comune ch'egli ha occupato e sul quale ha collocato il suo pavimento, il proprietario del primo piano fa e mantiene il solaio o la vôlta su cui si regge il secondo piano, e così via via.

G. Lomonaco.

APPENDICE XX.

Se nella ricostruzione dei lastrici solari, il proprietario dell'ultimo piano è costretto a procurarsi altrove una temporanea abitazione, ha diritto di essere compensato dai proprietari degli altri piani.

Abbiamo superiormente tenuto parola delle spese non comuni cui sono obbligati i proprietarii dei diversi piani di una casa. Le spese comuni si debbono fare dai proprietarii secondo varie ragioni, le quali, in mancanza di stipulazione speciale, son determinate dalla legge. Talvolta la contribuzione è fatta per legge in ragione geometrica; talvolta in ragione aritmetica; talvolta infine la proporzione nella detta contribuzione è composta di ragione aritmetica e di ragione geometrica.

La contribuzione è fatta in ragione geometrica, ossia in proporzione diretta del valore del piano o della porzione del piano appartenente a ciascun proprietario, nelle riparazioni e ricostruzioni dei muri maestri, dei tetti e lastrici solari, degli anditi, delle porte, dei pozzi, delle cisterne, degli acquedotti e delle altre cose comuni a tutti i proprietarii.

Le scale sono costrutte e mantenute dai proprietarii dei diversi piani a cui servono, in ragione del valore di ciascun piano (art. 562) (1).

(1) Circa le scale, il codice Napoleone (art. 664) dispone che il proprietario del primo piano deve formare la scala che mena allo stesso; quello del secondo, proseguire la scala dal primo sino al suo piano, e così di seguito. Questa regola fu adottata dalle leggi civili napoletane e dai codici sardo e parmense. Ma ognuno dovrà convenire che sia più razionale la regola consacrata dal legislatore italiano. I proprietarii dei piani superiori usano della scala degli inferiori; talchè il con-

Altra volta la legge prescrive che la contribuzione alla spesa comune si faccia in ragione aritmetica. Così le latrine sono a carico comune in proporzione del numero delle aperture d'immissione (art. 562).

In terzo ed ultimo luogo la proporzione della detta contribuzione può essere composta ad un tempo di ragione aritmetica e di ragione geometrica. Così, i proprietarii i quali hanno l'uso esclusivo di uno o più lastrici solari, per ragione del calpestìo, sono tenuti a contribuire per una quarta parte della spesa delle riparazioni o ricostruzioni, ed oltre a ciò son tenuti alla rata proporzionale nella distribuzione delle altre tre quarte parti della spesa medesima (art. 563).

Ma, d'altra parte, se il proprietario dell'ultimo piano, il quale ordinariamente è colui che gode l'uso del calpestìo pei lastrici solari, a cagione della ricostruzione dei medesimi, deve procurarsi altrove una temporanea abitazione, può rivolgersi ai proprietari dei piani sottoposti per ottenere un compenso del danno sofferto per comune utilità. Ragionava a tal proposito egregiamente il Supremo Collegio di Napoli.

« Dai principii generali del diritto, fondato sulla morale e sulla ragione, risulta evidente la massima, che nelle cose comuni chiunque soffre un danno per il bene ed il vantaggio degli altri ne debba essere interamente rivaluto. Il partecipante infatti non può di propria autorità fare innovazioni della cosa comune, ma quando queste sono dettate dalla necessità delle cose, e gli altri vi acconsentono, ne deriva per necessaria conseguenza, ch'egli debb'essere rivaluto, non pure delle spese che sopporta nell'interesse degli altri, ma eziandio, e forse in principal modo, del danno che egli stesso patisce (arg. degli articoli 674, 676 e 677 del codice civile).

« Se una teorica contraria si venisse ad introdurre, delle due cose l'una dovrebbe necessariamente proclamarsi, cioè a dire, o si dovrebbe affermare che i partecipanti possono con tranquilla coscienza arricchirsi della roba altrui, e volgere a loro pro il danno che altri soffre per il loro bene, ovvero che nelle cose comuni chi è costretto a sopportare un danno tutto suo proprio o speciale per vantaggiare gl'interessi dei comunisti, possa recisamente negarsi, ed impedire la conservazione della cosa comune. Ma siccome l'una o l'altra ipotesi è la più aperta negazione degli eterni principii di giustizia, così non ci ha me-

---

sumo è in ragione diretta della vicinanza di ciascun piano al suolo: in altri termini, la scala del primo piano ha necessariamente più grave e frequente bisogno di riparazioni. Ora quale ragione potrebbe assegnarsi per imporre un tale onere al proprietario del primo piano, che in riguardo a tutto il resto si trova in perfetta eguaglianza con tutti gli altri comproprietari? (PACIFICI MAZZONI, *Delle servitù legali*, n. 475).

stieri di spendere molte parole per dimostrare come sia erronea la enunciata teorica (1) ».

La Cassazione napoletana, sobriamente sì, ma con molta chiarezza, ha svolta la duplice considerazione per cui deve concedersi una indennità al proprietario dell'ultimo piano nel caso in disamina. In primo luogo, è principio generale di diritto, che niuno può trar vantaggio dall'altrui jattura; or, non si farebbe omaggio a questo principio ineluttabile quando si negasse al proprietario dell'ultimo piano una giusta indennità per le spese cui ha dovuto soggiacere pel vantaggio dei proprietari dei piani sottostanti. Ben è vero, che anche egli era interessato alla ricostruzione dei lastrici solari, ma il vantaggio da lui ritratto non rappresenta che una parte del vantaggio generale. In secondo luogo, e qui il ragionamento della Corte è di una chiarezza meridiana, i rapporti che intercedono fra i proprietari dei diversi piani di una casa debbono essere informati alle norme di giustizia e di equità, che il codice civile italiano ha consacrate nel titolo *Della comunione*. Queste regole non sono che una applicazione dei principii generali del diritto per quanto s'attiene al risarcimento dei danni dovuto ad uno dei partecipanti, pel vantaggio arrecato agli altri. Non vi sarebbe fra i partecipanti proporzione nei vantaggi e nei pesi della comunione, regola sancita nell'articolo 674 del codice civile, quando si concedesse all'uno il vantaggio col danno dell'altro, o (e questo torna allo stesso) si facessero sopportare all'uno dei pesi straordinari senza che l'altro partecipante fosse tenuto a compensarnelo.

G. Lomonaco.

(1) Sentenza dell'8 giugno 1872; Panico c. De Simone, Vedi *Annali di Giurisprudenza italiana,* anno 1872, Parte I, p. 224.

APPENDICE XXI.

Le spese della perizia per conoscere se le fabbriche possano portare la sovraimposizione sono a carico del proprietario dell' ultimo piano, anche quando i sottostanti non prestino il loro consenso alla sovraimposizione, e per la mancanza del danno questa venga autorizzata dal magistrato

---

L'art. 564 del codice civile statuisce in tal guisa: « Il proprietario dell'ultimo piano di una casa non può, senza il consenso dei proprietarii degli altri piani, alzare nuovi piani o nuove fabbriche, eccettuate quelle costituenti parapetto di lastrici solari, qualora possa derivarne danno al valore della proprietà degli altri ». Questo articolo è nuovo nel codice italiano; esso non si legge in nessuno dei codici che imperavano anteriormente nelle varie regioni della penisola. Fu introdotto dapprima nel progetto Pisanelli, ed, accolto dalla Commissione senatoria, fu poscia ritenuto nella diffinitiva redazione del codice.

La legge vieta al proprietario dell'ultimo piano di elevare nuovi piani o nuove fabbriche, eccettuate quelle costituenti parapetto di lastrici solari, senza il consenso dei proprietarii degli altri piani, *qualora possa derivarne danno al valore della proprietà degli altri.*

Danno, osserva il Pacifici-Mazzoni, vuol dire *diminuzione;* ogni qualvolta adunque l'alzamento di nuovi piani o nuove fabbriche possa diminuire il valore dei piani inferiori, esso non potrà farsi; perchè ognuno ha sacro ed inviolabile diritto alla integrità del suo patrimonio, e non è tenuto a soffrirvi lesione, contro ricevimento di indennità, ammenochè non lo richiegga la pubblica utilità. Siano dunque i muri atti a sostenere l'alzamento: se *l'alzamento affretti la necessità di riparazioni e di ricostruzioni, se abbrevii la vita dell'edifizio,* non potrà farsi dissenzienti i proprietarii dei piani inferiori. Così ancora, se l'alzamento diminuisse l'aria e la luce della corte; attalchè le camere e i magazzini dei piani inferiori, che aria e luce ricevono dalla medesima, si disprezzino per questo (1).

---

(1) Vedi uno *Studio* sull'articolo 564 del Cod. civ. del PACIFICI-MAZZONI, nella *Gazzetta dei tribunali* di Napoli, anno XXV, n. 2525 (30 ottobre 1872).

Noi non esitiamo ad accettare nella sua interezza la dottrina propugnata a tal riguardo dal Pacifici-Mazzoni. Essa ci presenta il vero concetto dell'art. 564 del codice civile: il quale volgarmente è interpretato nel senso, che il proprietario dell'ultimo piano può sempre procedere ad innalzare nuovi piani e nuove fabbriche, quando non vi si opponga la poca solidità dei muri. Contro siffatta interpretazione stanno la lettera e la mente della legge. La lettera della legge; imperciocchè, come dianzi si è osservato, il codice usa l'espressione: *danno al valore della proprietà degli altri:* e questo valore è danneggiato non solo quando i muri sono disadatti a sostenere l'alzamento, ma eziandio quando ai piani sottostanti si diminuisce l'aria e la luce. La mente della legge; imperciocchè il codice non ha voluto, a beneficio del proprietario dell'ultimo piano, peggiorare la condizione dei proprietarii degli altri piani.

L'autorità giudiziaria non potrebbe dunque autorizzare l'alzamento, quando riconoscesse che dal medesimo sarebbe per derivare danno al valore dei piani sottostanti. Questa proporzione ci sembra ineluttabile dopo ciò che abbiamo superiormente osservato. Il codice in tal caso richiede imperiosamente il *consenso dei proprietarii degli altri piani;* l'autorizzazione del magistrato non può sostituirsi a questo consenso. Nel conflitto di due opposti interessi, l'uno che si propone di raggiungere un vantaggio, l'altro che cerca di evitare un danno, il legislatore ha voluto sempre salvaguardare il secondo.

E neanco l'equità potrebbe invocarsi in contrario. Abbandoniamoci per un momento all'equità, dice il Pacifici-Mazzoni. « Alcuno possiede in una casa di tre o cinque piani la soffitta o le camere a tetto. Questa soffitta si considera come piano (art. 562, all. ult.). Il proprietario di essa quindi potrà alzare nuovi piani e nuove fabbriche. Per fare tali alzamenti è necessario di ricostruire i quattro muri maestri esterni. I proprietarii degli altri tre o cinque piani non consentono in tali opere. Il giudice ordinerà esso *ob aequitatem* che tali opere siano eseguite dall'anzidetto proprietario? Credo che no. Fare sloggiare gl'inquilini dei tre o cinque piani, far sospendere il commercio dei proprietarii o conduttori delle botteghe, autorizzare la demolizione e ricostruzione di muri che nello stato attuale potrebbero servire ancora molti e molti lustri, sono cose troppo gravemente moleste ai proprietarii degli altri piani; non sono mai giustamente compensate da indennità, per quanto pingui, nè sufficientemente giustificate dal vantaggio dell'alzamento; sono cose adunque che la *aequitas* non basta a difendere contro il diritto di proprietà di coloro ai quali appartengono gli altri piani: il *jus* prevale all'*aequitas*. Se al contrario quattro dei cinque piani, in cui è divisa la casa, appartengono al proprietario dell'ultimo, il giudice, seguendo lo stesso criterio, *ob aequitatem* costringerà il proprietario dell'altro piano a subire la distruzione e la ricostruzione di questa sua proprietà per favo.

rire l'alzamento che quegli vuol fare. E siccome fra questi due estremi infinite varietà e differenze dar si possono, così sarà necessario in tutte e singole le specie, di apprezzare le circostanze di fatto per decidere in ognuna di esse se il *jus* debba prevalere all'*aequitas*, o questa a quello ». E qui il chiarissimo scrittore dimostra le incertezze cui si andrebbe incontro, sia per determinare di quanti piani dovrà essere costruita la casa a fin di decidere se l'equità esiga o no che se ne permetta l'alzamento, sia per tenere presente il valore degli stessi piani e la destinazione che hanno ricevuta, ecc. Col pretesto della equità si aprirebbe l'adito ad infinite dubbiezze là dove fu pensiero del legislatore stabilire norma certissima; si sostituirebbe il proprio arbitrio al volere preciso della legge.

L'autorità giudiziaria allora soltanto può autorizzare l'alzamento quando, dopo l'avviso dei periti, risulti che dallo stesso niuna diminuzione potrà scaturire al valore della proprietà dei piani sottostanti. Ma, ciò che è degno di nota, le spese della perizia vanno a carico del proprietario dell'ultimo piano. Questo punto trovasi fermato in una sentenza della Corte d'appello di Napoli, di cui riferiamo il breve, ma stringente ragionamento:

« Una volta che non si è ottenuto il consenso dei condomini, colui che vuole edificare deve dimostrare che le nuove opere non arrecano pregiudizio alla proprietà degli altri, senza di che non vi è diritto alcuno, essendo questo subordinato a quella condizione; e questa prova deve cedere a carico dell'attore per la nota massima *onus probandi incumbit illi qui agit* (art. 312 del cod. civ.).

« Nè vale l'opporre che la perizia in questi casi è una necessità fatta dal diniego della parte invitata a prestare il consenso, e che perciò laddove questa riuscisse favorevole all'attore, dovesse, per l'altro noto principio stabilito nell'art. 370 del codice di procedura civile, cedere a carico del soccombente; avvegnachè nella specie il convenuto non può essere giudice delle conseguenze che le nuove opere potessero arrecare alla sua proprietà, cognizione dovuta solo agli uomini dell'arte; a lui basta negare il consenso per timore del pregiudizio, e l'attore mancante di questo consenso deve giustificare al magistrato che la nuova imposizione è innocua alla proprietà altrui. Senza di questa logica e naturale interpretazione si convertirebbe in una mera obbligazione il diritto di dare o di negare il consenso annesso a quello sacro di proprietà, mentre si riterrebbe quello di sovraimporre senza la condizione *sine qua non* prescritta dal legislatore » (1).

La Corte nel caso in disamina non era chiamata a risolvere

---

(1) Sentenza del 29 marzo 1871: De Lieto c. Abenante. Vedi *Gazzetta del Procuratore*, anno VI, n. 8.

la quistione, se per *danno al valore della proprietà* degli altri piani (espressioni adoperate nell'art. 564 cod. civ.), si dovesse intendere qualsiasi danno derivante dall'alzamento, ovvero solo quel danno che provenga dalla poca solidità dei muri sottostanti. Nondimeno, la Corte ha mostrato chiaramente di accogliere la dottrina da noi superiormente propugnata. Giusta le parole della sentenza dianzi riferita, colui che, senza aver prima ottenuto il consenso dei condomini, vuole edificare un novello piano, deve dimostrare che le nuove opere non arrecano pregiudizio *alla proprietà* degli altri. E più innanzi osserva la Corte, che il convenuto non può essere giudice delle conseguenze che le nuove opere possono arrecare *alla sua proprietà*; donde scaturisce la necessità della perizia da compiersi a spese di colui che vuol procedere all'alzamento. Queste parole generali di cui si è servita la Corte comprendono i vari casi di danno che possono derivare dall'alzamento.

Una tale interpretazione dell'art. 564 del codice civile italiano risponde ai più sani principi della giustizia, imperciocchè come sopra abbiamo osservato, nel conflitto dei due interessi non si può esitare a dar la preferenza a quello che *certat de damno vitando*. Nei grandi centri di popolazione, dove il reddito dei fabbricati ascende a forti proporzioni, i proprietari non riconoscono limiti nell'innalzare i loro edifici. È bene che il magistrato intervenga coll'autorità della legge a tutelare gli interessi di coloro che potrebbero soffrir detrimento da questo fatto. In tal modo, curandosi direttamente l'interesse privato, si provvederà eziandio all'interesse pubblico, rispettandosi in molti casi le esigenze dell'igiene che, massime nelle vaste città, vuole imperiosamente la libera circolazione dell'aria e della luce. *Un poco più di luce;* erano queste l'estreme parole che pronunciava Goethe sul suo letto di morte. Ma in qualche città italiana, dove gli edifici in vie anguste raggiungono il sesto e il settimo piano, tale preghiera non rare volte difficilmente potrebbe essere esaudita.

G. LOMONACO.

APPENDICE XXII.

L'interpretazione dell'art. 562 del codice civile secondo la dottrina e la giurisprudenza

Ci piace di cogliere la presente occasione per venir qui tratteggiando un quesito degno dell'attenzione del giureconsulto nei suoi punti più culminanti e con la brevità e chiarezza che si potrà maggiore, per una duplice ragione: prima perchè sotto l'impero del nuovo codice non ha avuto che un numero assai scarso di decisioni magistrali, e poi perchè regna in questa parte una grande discordia di giudizi tra la scuola ed il foro.

La difficoltà più importante della contesa sta nel determinare, nel caso che un edificio è diviso per piani fra più proprietari ed i titoli di proprietà non provvedono intorno alle riparazioni e ricostruzioni, come e da chi devono ripararsi e ricostruirsi i pavimenti, le volte, i solai e i soffitti. Perocchè sulla disposizione dell'art. 562 che fa, per nostro avviso, in una maniera chiara codesta determinazione, prescrivendo che « il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le volte, i solai ed i soffitti che coprono i luoghi di sua proprietà » su tale disposizione, diciamo, si è disteso un velo di dubbiezze, che si pretendono attinte alle fonti della storia e della logica della legislazione, sostenendosi che nella parola pavimento qui la legge comprende anche il solaio che la sostiene, e che le volte, i solai ed i soffitti, nel concetto dell'articolo, non sono altro che gli ornamenti lasciati alla semplice facoltà di ciascun proprietario del piano sottostante.

Tale è l'opinione degl'interpreti, tra cui sono da annoverare scrittori di vaglia, come il Pacifici-Mazzoni, il Borsari ed il compianto Testa. Ma di rincontro a questa teoria vi è l'autorità di parecchie sentenze pronunziate in grado di appello e confermate dalle magistrature sovrane del Regno, come la Corte di cassazione di Torino e la Corte di cassazione di Napoli, le quali hanno assodate massime contrarie. Esponiamo dunque in succinto queste opposte interpretazioni per esaminare quale delle due si attaglia alla lettera ed allo spirito della legge. Ma innanzi tutto convien dimandarci: in quale istituto si raggira la disputa?

Si è detto: è una questione di comproprietà. Si è detto pure: è una questione di *ius superficiarium*. E si è detto infine che di null'altro trattasi che di una *servitus oneris ferendi*.

Tutto ciò non è esatto.

Che non si discuta di condominio, è cosa per sè evidente. Anzi si tratta per appunto di fissare i limiti della proprietà esclusiva di quelle parti dei vari piani successivi, le quali ne costituiscono i termini distintivi. Egli è vero che in un edificio diviso per piani vi ha elementi di comunione, come a dire i muri maestri, i tetti, gli anditi, le porte, i pozzi, le cisterne, gli acquedotti e simiglianti, ed è un diritto di comunione forzosa che hanno i vari comproprietari *pro indiviso*, per un sociale interesse di pubblica economia: ma questo è fuori di questione. Quanto è poi al *ius superficiarium* o alla *servitus oneris ferendi*, che si vuol vedere nei rapporti giuridici dei proprietari dei diversi piani, non si può negare che qualche analogia più o meno lontana presenti in *subiecta materia* il diritto moderno con quegli istituti del diritto latino; ma ciò non toglie le diversità e le differenze grandi e rimarchevoli. E rispetto alla *superficies*, istituita plausibilmente dalla equità pretoria in favore de' possessori dell'*ager publicus*, nel diritto primitivo riguardava il soprassuolo, in prosieguo venne ammessa anche sopra un piano o una stanza superiore che sorgesse sull'altrui sottoposto edificio, riconoscendosi il *coenaculum*: ma oggi si può dire sbandita dai nuovi codici. E per verità il condominio de' muri maestri, del tetto, delle scale della medesima casa esclude all'intutto il concetto della *superfices*, cui si collegava pure, sebbene non essenzialmente, il così detto *solarium*.

Queste cose abbiamo stimato opportuno di accennare non tanto per dilucidare la nostra tesi, quanto per mostrare che il volere ricorrere alle classiche reminiscenze del giure romano anche per relazioni che concernono costumi nuovi o ripugnanti con la civiltà pagana, è un pregiudizio da condannare. E sul proposito nulla possiamo attingere dal diritto latino, nel quale campeggiava il principio dell'isolamento delle proprietà, onde le case si denominavano *insulae*. È invece dal diritto consuetudinario da cui ripullulano e si svolgono le regole che governano questa materia, e di là passano rifatte e trasformate nel codice Napoleonico e si trapiantano più o meno modificate nelle varie legislazioni d'Italia e d'Europa.

Meno imperfetta delle altre però ci sembra l'idea che nelle relazioni tra' proprietari de' vari piani scorge una *servitus oneris ferendi*, sebbene questa sorta di servitù nel diritto romano non si costituiva in virtù della legge ed implicava non già un appoggio orizzontale sì veramente un appoggio verticale. E senza dubbio noi siamo su questo terreno, sul terreno delle servitù, delle servitù così dette legali, che sono quelle che la legge stabilisce vuoi per provvedere all'utilità pubblica, vuoi per provvedere all'utilità privata, favorendo l'industria e l'agricoltura e

mantenendo le relazioni di buon vicinato. Nella fattispecie si tratta di una *servitus habendi;* il piano superiore è il *praedium cui debetur servitus,* ed il piano sottoposto è il *praedium quod servitutem debet,* val dire è il piano che sovrasta che deve trarre utilità e comodo dal piano inferiore.

Ciò premesso, facciamoci a passare a rassegna gli argomenti che allegano i dottori per giustificare la loro interpretazione.

Noi abbiamo veduto che il punto sta nell'indagare il significato preciso attribuito dal legislatore italiano alla parola pavimento ed il significato preciso dato alle parole vôlte, solai e soffitti. Ora eglino opinano che nell'articolo che esaminiamo, pavimento sia adoperato non già nel senso proprio di ogni sorta di coperta fatta soda e stabile, o sopra i palchi, o sopra le vôlte, o sul terreno per potere camminare comodamente nelle stanze, ma sì nel senso improprio che implica, come elemento suo integrante, eziandio il solaio, cioè quel piano orizzontale di legnami che separa due stanze poste l'una sull'altra. Credono inoltre che le vôlte, i solai ed i soffitti dell'articolo non sieno che le varie forme di ornamenti onde si può decorare il cielo delle stanze. Per non dire di tutti, limitiamoci ad accennare le ragioni addotte solo dal Pacifici-Mazzoni, che se n'è occupato più largamente in un'annotazione quanto lunga altrettanto erudita, con la quale chiosa e censura due sentenze della Corte Suprema di Torino (1).

L'illustre professore dell'Università romana poggia il suo giudizio sopra due ragioni precipuamente, sulla ragione storica, sulla ragione giuridica della legge. In quanto alla prima osserva che il codice francese per il primo, dilungandosi dalle consuetudini preesistenti, dispose nell'art. 664: *le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche;* la quale disposizione passò nel codice del regno d'Italia di Napoleone I tradotta così: *il proprietario di ciascun piano fa il pavimento su cui cammina;* negl'identici termini fu scritta nell'art. 514 del codice parmense; fu riprodotta più chiaramente nel codice siciliano, ove nell'art. 585 è prescritto che *il proprietario di ciascun piano fa il pavimento su cui cammina, come trovasi costrutto o a vôlta o a travi;* e del pari nel codice ticinese con l'art. 250 si stabilisce che *il proprietario di ciascun piano fa e mantiene insieme al pavimento le vôlte e soffitte su cui cammina col diritto al proprietario del piano inferiore di ornare le soffitte e vôlte suddette.* Ora in tutte siffatte disposizioni, soggiunge il sullodato professore, *plancher* e *pavimento* non denotano che una sola e medesima cosa, non essendo quest'ultimo vocabolo che traduzione del primo, il quale viene a dire in italiano non altro che solaio; di maniera che, secondo il codice napoleonico, il proprietario di ciascun piano è obbligato

(1) *Giurisprudenza Italiana,* terza serie, vol. 26, anno 1874, pag. 196.

di fare non solo il pavimento propriamente detto, ma altresì il tavolato su cui cammina, siccome tutti gl'interpreti francesi, tra cui il Toullier, il Lepage, il Demolombe, il Pardessus, il Duranton, concordemente ritengono. Quindi non si può revocare in dubbio che la parola pavimento abbia lo stesso valore negli altri codici vigenti ne' diversi Stati, in cui era allora divisa l'Italia, non escluso il codice sardo, il quale all'art. 585 disponeva che *il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le vôlte, i solai, e i soffitti superiori de' membri di casa di sua pertinenza;* e non si può revocare in dubbio che lo stesso significato abbia la voce pavimento nel codice italiano attuale, che riproduce, come gli altri, la disposizione del codice francese. L'aggiunzione poi che il codice italiano, a simiglianza del sardo, ha fatto circa le vôlte, i solai ed i soffitti, non modifica il concetto del pavimento secondo è stato tramandato dalla storia della legislazione, in quanto che il pavimento riguarda il basso; le vôlte, i solai ed i soffitti riguardano l'alto del piano; ond'è che in queste ultime parti non può essere contenuto il tavolato ch'è inerente al pavimento, e che il legislatore non poteva da questo disgiungere senza fare uno strappo alla logica; e d'altra parte l'aggiunzione delle vôlte, solai e soffitti che si trova nel codice sardo e nel codice nostro, è stata fatta per risolvere una questione che si agitava nella giurisprudenza per sapere a quale proprietario doveva addossarsi il carico delle decorazioni che si facessero al di sotto del solaio. Nè contraddice a tale interpretazione la voce solaio adoperata dal legislatore nella seconda parte della disposizione, non solo perchè il proprietario di ciascun piano può costruire un altro solaio, per mettersi al sicuro, poniamo, dagli attentati dei ladri, o per guarentirsi da ogni pericolo d'infradiciamento o d'incendio del sovrastante solaio, ma ancora perchè solaio nell'uso volgare ha pure il significato di coperta di casa, o di parte di casa, come sembra averlo adoperato il nuovo codice per l'espressione *che coprono i luoghi di sua proprietà.*

Questa è l'argomentazione storica sulla quale il Mazzoni fonda la sua opinione. Passiamo ora a far cenno della ragione filosofica.

Il nerbo del ragionamento dell'egregio scrittore in questa seconda parte sta nella determinazione de' confini superiore ed inferiore di un piano, e li desume dalla ragione della destinazione e del godimento, riponendo l'uno nella superficie interna del solaio sovrastante, e l'altro nella superficie esterna del solaio sottostante; perocchè un piano non potrebbe sussistere senza un sostegno saldo, resistente e capace di reggere persone e cose, sostegno ch'è dato appunto dal solaio, il quale per giunta non riesce che a godimento del proprietario del soprapposto pavimento. Donde seguita che l'attribuire il solaio in proprietà esclusiva al proprietario del piano sottostante è un

fatto destituito di ogni fondamento giuridico. Se dunque la proprietà del solaio è interamente del padrone del piano superiore, non vi è motivo di stare in forse sulla persona a cui devono spettare le riparazioni e costruzioni del solaio medesimo, esse devono andare a carico del proprietario del piano sovrastante, perchè è proprio desso quegli che ne cava tutto il vantaggio e il comodo.

Ora siffatte considerazioni storiche e giuridiche dell'insigne civilista sono buone ragioni, innanzi a cui i propugnatori della teorica contraria bisogna che si arrendano, ovvero racchiudono alcun che di fallace da non poterle rendere accettevoli?

A noi paiono piuttosto speciose che rigorose. E per verità, quanto alla ragione storica, ammettiamo pure che i varí codici italiani hanno seguìto le orme del codice francese, ma innanzi ad una disposizione così chiara ed esplicita com'è quella del codice sardo, è vano negare che questo se ne sia discostato, arrecando una notevole modificazione alle uniformi disposizioni degli altri codici e prescrivendo che *il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le vôlte, i solai e i soffitti superiori de' membri di casa di sua pertinenza.* Se dunque per il codice sardo, da cui è stata desunta la disposizione del codice italiano vigente, il proprietario di ciascun piano doveva fare e mantenere le vôlte, i solai, i soffitti superiori, ciò significa che non era tenuto a fare e mantenere il solaio sottoposto al suo pavimento, e che perciò pavimento è preso nel senso proprio. Gli altri codici lo assumevano nel senso improprio, e questo senso improprio emerge dalla stessa formola da essi adoperata quasi a spiegare la generica espressione del codice francese. Ed è così vero che il codice sardo è uscito fuori delle pedate degli altri legislatori, che nel mentre nel codice ticinese è detto che *il proprietario di ciascun piano fa e mantiene insieme al pavimento le vôlte e soffitte su cui cammina,* nel codice sardo invece si dice *le vôlte, i solai ed i soffitti superiori.* Ci sembra poi assai arrischiata l'opinione che ammette non avere voluto il legislatore sardo ed il legislatore italiano niente altro significare con l'espressione *vôlte, solai e soffitti* che i semplici ornamenti sottoposti al solaio, mentre le parole son troppo grosse per indicare cose così minute; ed inoltre se così fosse, si sarebbe dovuto adottare la locuzione del codice ticinese, il quale soggiungeva che il proprietario del piano inferiore aveva il *diritto di ornare le soffitte e le vôlte.* Il che sarebbe stato tanto più necessario di fare, se davvero, come crede il Pacifici-Mazzoni, si fosse voluto con quella soggiunta risolvere la questione delle decorazioni, trovandosi il legislatore in tal caso nella necessità di adottare una formula chiara quanto quella del codice ticinese, per non ingenerare perplessità maggiori di quelle che si volevano rimuovere. Nè vale il dire che la vôlta può essere finta e che si può costruire un secondo solaio a comodo esclusivo del

proprietario sottostante, o che il solaio può essere una copertura qualsiasi; perchè se la vôlta può essere finta, può essere anche reale, ed il solaio di cui favella la legge è il solaio ordinario, e poi quand'anche facesse un secondo solaio il proprietario del piano sottostante deve fare e mantenere sempre il solaio che sostiene il piano superiore, al quale solaio propriamente sono rivolte le provvidenze legislative che mirano *ad id quod plerumque accidit.* E neppure la logica discapita col disgiungere il pavimento dal solaio, attribuendoli a due proprietari diversi, perchè è divisione ideale di strati che pur realmente sono distinti, e perchè per la stessa condizione dei luoghi i piani non possono essere sottoposti ad una divisione materiale così precisa come si dividerebbe una torta nel piatto; ma questo punto sarà meglio chiarito per quello che diremo più avanti. La ragione storica adunque di cui il Pacifici-Mazzoni si vale per dimostrare il suo assunto, non va; perchè la storia in fatto di legislazione, quando è rimutata, rimane storia.

Ma se tale ragione storica non ha fondamento, non è più convincente la ragione giuridica ammessa dall'illustre autore del *Commento al Codice civile.* In effetti a noi pare che il criterio necessario a fissare i confini di un piano non si debba desumere dai principii astratti, ma dai principii dommatici della materia. Quali sono questi principii dommatici?

Per quello che sopra dicemmo, ci lusinghiamo di avere dimostrato che il codice civile vigente sulle orme del codice sardo ha innovato in questa parte lo stato della legislazione preesistente in un modo assai notevole, alla stessa guisa che ha arrecato delle importanti modificazioni relativamente alle costruzioni e riparazioni delle scale di un edifizio diviso per piani. E l'una e l'altra innovazione segnano, secondo noi, un rilevante progresso nel campo speciale del diritto civile ed in quello più largo dell'equità e della ragione naturale, come si suol dire. Or se questo progresso è chiaro ed innegabile per quel che concerne le scale, non è meno incontrastabile in rapporto al nuovo concetto dei piani e dei loro confini.

Noi abbiamo veduto che quando i diversi piani di una casa appartengono a più proprietari, costoro sono in parte proprietari esclusivi ed in parte comproprietari. Tra gli elementi di comproprietà vi ha il suolo ove è fabbricata la casa, e del quale non potevano però godere tutti nella stessa misura secondo le passate leggi, ed una certa ineguaglianza offendeva l'equità naturale, dappoichè nel mentre il proprietario che poggia il suo pavimento sul suolo non era tenuto a costruire o ripristinare nessun solaio e nessuna vôlta, tutti gli altri dovevano sobbarcarsi a quest'obbligo. È venuto il codice sardo, è venuto il codice italiano, ed hanno ristaurata l'equità offesa, equiparando la condizione giuridica di tutti; e difatti con la disposizione del nuovo codice quell'obbligo è eguale per tutti i diversi proprietari, ciascun de' quali è tenuto a fare e man-

tenere il sostegno del pavimento del piano superiore, sicchè il proprietario del pianterreno fa e mantiene il solaio o la vôlta che sostiene il primo piano in compenso del suolo comune ch'egli ha occupato e sul quale ha collocato il suo pavimento, il proprietario del primo piano fa e mantiene il solaio o la vôlta su cui si regge il secondo piano, e così via via. Per tale maniera non solamente si è riparato ad un'ingiustizia, ma si è anche distrutta ogni sorgente delle questioni che si potevano muovere sotto il regime del diritto preesistente, non eccettuata quella degli ornamenti menzionata dal Pacifici-Mazzoni, stantechè si è determinato che rispetto alla parte superiore di ciascun piano il proprietario fa e mantiene tutto quello che c'è o solaio o vôlta o soffitto, sia che si trovino disgiuntamente sia che congiuntamente, ed in quest'ultimo caso anche quando qualche parte serva di decorazione, sino al pavimento sovrastante; rispetto alla parte inferiore il proprietario del piano fa e mantiene il pavimento su cui cammina.

Dalle quali cose risulta che i confini de' vari piani, come sono stabiliti dal Pacifici-Mazzoni, sono sbagliati; perchè sono estranei al concetto pratico del legislatore, che, secondo quello che abbiamo visto, implicitamente li ha determinati, considerando la destinazione ed il godimento da un punto di veduta diverso da quello dell'egregio professore di Roma. In sostanza poi non è esatto che il solaio serve solo di sostegno al piano superiore; esso serve anche di copertura al piano inferiore, copertura ch'è così necessaria ed indispensabile come è necessario ed indispensabile il sostegno, perchè la copertura di un piano debb'essere solida, se si vuol stare al coperto degli assalti dei malandrini o dell'inclemenza delle stagioni o di altri pericoli. Il che ha ben considerato il legislatore, e perciò ha messo l'obbligo delle riparazioni del solaio e della vôlta sulle spalle del proprietario, il cui piano n'è coperto, stabilendo su questo solaio una *servitus habendi* a favore del piano superiore.

Non ci dissimuliamo un'obbiezione che si potrebbe muovere contro il concetto di codesta servitù legale, dicendo che essa escluderebbe il dovere del proprietario del piano inferiore di fare le riparazioni del solaio, per la risaputa regola giuridica *servitus in faciendo consistere nequit.* Ma bisogna riflettere che sta nella natura stessa della servitù in questione che il solaio su cui poggia il piano superiore, debba in perpetuo restare nella condizione di sostenerlo; non è perciò un obbligo di fare *ratione personae,* ma sì *ratione rei,* e Labeone l'aveva osservato quando ritenne con Servio *hanc servitutem non hominem debere, sed rem.*

Dopo l'esame che abbiamo fatto, cadono da sè le altre ragioni di ordine subordinato e secondario messe innanzi dal Pacifici-Mazzoni. Così è vero che la proprietà è inseparabile dal godimento, ed il godimento giustifica l'obbligo delle spese di ripa-

razioni; ma, come abbiamo notato, il solaio è una proprietà ch'è goduta dal proprietario del piano sottoposto; soltanto per un riguardo d'interesse sociale tale proprietà è, per le ragioni innanzi accennate, soggettata ad una limitazione dalla stessa legge, che v'impone la servitù. Il che dimostra altresì che l'intervenzione del principio *secundum naturam est eum sequi commoda, quem sequuntur et incommoda* non cade in acconcio in questo luogo.

L'opinione che noi abbracciamo intorno al concetto dell'articolo 652, è confortata, siccome si è sopra accennato, dall'*usus fori,* che non può ancora — è vero — noverare in questa parte molti pronunziati, ma è certo un buon indizio la loro uniformità.

La prima decisione di Corte sovrana che sotto il regime del codice imperante abbia trattata la controversia che noi esaminiamo, si riscontra in una sentenza della Cassazione di Napoli, emanata sotto la presidenza del comm. Alianelli, per la risoluzione di un caso molto affine al nostro, nel 9 luglio 1872 (1). L'art. 585 delle leggi civili del 1819, ragiona quella Corte, venne a troncare un'antica questione surta sotto l'impero del codice francese, quando trovandosi scritto nell'articolo 664 che il proprietario di ciascun piano fa il pavimento su cui cammina, si elevò il dubbio di sapere se per pavimento si avesse ad intendere quel suolo soltanto sul quale si cammina, ovvero anche la congegnatura sottoposta, ossia le vôlte o le travi con i corrispondenti correnti. Il sistema delle leggi civili è stato mutato dal nuovo codice italiano, il quale ha voluto eziandio chiarire l'articolo del codice francese, ma lo ha fatto in senso perfettamente contrario, perciocchè ha detto esplicitamente che il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e mantiene il pavimento su cui cammina, le vôlte, i solai ed i soffitti che coprono i luoghi di sua proprietà. Con queste parole invero, continua la Corte, il patrio legislatore ha inteso di separare la parte superiore del pavimento da quella ad esso sottoposta; e come la prima serve all'uso ed al commodo del proprietario superiore, e l'altra serve di covertura al piano sottostante, così ha creduto di dividere la spesa, facendola ricadere quasi in proporzione del vantaggio che ciascun dei due proprietari ritrae.

A tale autorevole pronunziato, in sullo scorcio del 1873, sono seguìte le due decisioni succennate della Corte di cassazione di Torino, entrambe le quali con un ragionamento all'intutto identico non hanno accolto il ricorso avverso le sentenze impugnate del magistrato d'appello, che aveva interpretato l'articolo 562 del nostro codice conformemente all'opinione della Cassazione di Napoli. Le sentenze della Corte torinese sono

---

(1) *Gazzetta del Procuratore,* anno VII, pag. 291, Napoli 1873.

così semplici e parche da far dire al Pacifici-Mazzoni che non abbiano quasi reso ragione delle massime che stabiliscono, quantunque egli stesso asserisca che l'opinione della Corte alla prima lettura del citato articolo si manifesta talmente certa, da far sembrare cavilloso chi volesse starle in contrario. Nulladimeno siffatta opinione è da reputare vera ed incontrastabile nel suo punto fondamentale. Gli argomenti accampati dalla Cassazione di Torino si riducono a tre. Primieramente pone in chiaro che le disposizioni del codice albertino e del codice italiano hanno mirato a dirimere i dubbi, a cui dava nascimento la generica locuzione del codice francese, ed imponendo al proprietario di ciascun piano l'obbligo di fare e mantenere le vôlte, i solai ed i soffitti superiori hanno inteso di dichiarare che tutto l'ambiente di ciascun piano deve rimanere in ogni parte chiuso e conservato a spese del suo proprietario; di guisa che essendo le disposizioni del codice albertino e del codice italiano più compiute, non può servire di guida alla loro retta interpretazione una giurisprudenza fondata sulla disposizione meno compiuta del codice francese. Secondamente considera che il legislatore italiano ha escluso ogni incertezza, perchè ha tenuto conto dell'uso diretto, proprio e necessario a cui le vôlte, i solai ed i soffitti sono destinati e li ha posti a carico del proprietario del piano che n'è coperto. A ciò da ultimo aggiunge la ragione dell'inviolabilità del domicilio, la quale patirebbe discapito se a caùsa delle riparazioni e ricostruzioni necessarie il proprietario del piano superiore dovesse introdursi nella casa del proprietario sottostante.

Ci affrettiamo a dichiarare che sebbene quest'ultimo motivo dell'inviolabilità del domicilio noi non lo stimiamo affatto fuor di luogo, come pensa il Pacifici-Mazzoni, pure portiamo giudizio che in esso vi sia una tinta di esagerazione, di cui importa spogliarlo. Imperocchè, se è vero che non bisogna imporre alla proprietà limitazioni che non sieno giustificate da una ineluttabile necessità, è vero pure che da una banda quelle riparazioni e ricostruzioni tornano a vantaggio di chi deve farle come del proprietario del piano successivo, e dall'altra vi ha tali opere di ristaurazione dalle quali è inseparabile la necessità di varcare il confine del proprio piano e penetrare nell'altrui. Oltre di che ci pare questo uno dei casi più ovvi in cui il principio di equità *quod tibi non nocet vel parum nocet, et alteri multum prodest, faciendum est,* possa avere svariate applicazioni, secondo le circostanze.

Neppure abbiamo in mente di nascondere che vi ha una parte in tutte le sentenze sunnominate che porge i fianchi agli attacchi della critica, ed è quella che riguarda le vôlte ed i solai esclusivamente come copertura del piano sottostante. Codesto è il rovescio del pensiero del Pacifici-Mazzoni, che li considera invece soltanto quali base e sostegno del piano sovrastante. L'una e l'altra ci paiono vedute parziali e quindi

imperfette, e per soprammercato sono in contraddizione col vero concetto della legge, la quale a rigore, stando a quei punti di vista unilaterali, dovrebbe avere una interpretazione diversa tanto da quella adottata dalle supreme magistrature, quanto da quella mantenuta dagli scrittori. Non conviene dunque perdere d'occhio i principii dommatici della legge che noi abbiamo svolti, per non incappare in contraddizioni, e però ci rimettiamo a quello che sopra abbiamo detto.

Siffatte mende sono state cansate nella sentenza del Pretore del mandamento di Barletta del 19 maggio 1876, della quale ci è grato di fare qui onorevole menzione, tra perchè ha porta occasione a questa nostra dissertazione e perchè è una pronunziazione avvisata e saggia, quale raramente ci viene fatto di riscontrare nelle nostre Preture. E noi sinceramente abbiamo a lodarci di tale documento che risolve l'importante questione in conformità dei principii da noi dilucidati, e rivela buona perizia giuridica nell'esame di tutte le circostanze da cui è stato accompagnato il caso speciale del piato giudiziario, che ha provocato quella decisione pretoria. Ci rincresce di non potere addentrarci in tutti cotali minuti particolari, perchè usciremmo fuori del proposito nostro. Soltanto non sarà del tutto inopportuno di toccare una parola di una contingenza peculiare, che sarebbe atta ad ingenerare qualche dubbio. Quel Pretore tra le altre ragioni ha posto come fondamento del suo giudizio la perizia che aggiudica il solaio al proprietario il cui piano n'è coperto. Si potrebbe muovere un'obbiezione e dire: se una perizia od un altro titolo valido attribuisce il solaio o la vôlta al proprietario del piano che vi sovrasta, dovrebbe la soluzione del problema cangiare? dovrebbero in tale ipotesi le spese di riparazioni addossarsi al proprietario del piano superiore? Se male non ci apponiamo, anche in simile caso mancherebbe una ragione sufficiente per accogliere un parere contrario, attesochè, secondo si esprime la legge, i titoli a cui si ricorre devono provvedere circa le riparazioni e ricostruzioni; quindi è che quando simili provvidenze difettano in essi titoli, devesi eseguire la prescrizione della legge, non potendosi elevare veruna presunzione in contrario e restando invulnerata la necessità della servitù, poichè deve ritenersi come concessione del proprietario del piano superiore quella d'avere pagato il valore del solaio.

Ma se il ragionamento del Pretore di Barletta è assennato, vi hanno però due considerazioni d'ordine secondario, le quali non che muovere dal criterio obbiettivo e pratico del legislatore, tengono ad un punto di vista individuale e subbiettivo. L'una concerne l'apprezzamento della formula successiva con cui si indicano dalla legge le vôlte, i solai ed i soffitti, ed in questa parte osserva il Pretore che se si fosse all'invece adoperata la formula alternativa, si poteva argomentare ad una limitazione d'obbligo nel proprietario a cui sono addebitate le ripara-

zioni. Il che come emerge luminosamente dalle cose che procedono, è del tutto ipotetico, e sarebbe stato evitato come cosa inutile, se non si fosse per un istante perduto di mira il principio dommatico predominante in questa teorica. L'altra si riferisce alla spiegazione grammaticale e logica della proposizione incidentale usata dalla legge con le parole *su cui cammina.* Sta qui, nota il Pretore, l'indizio certo che la legge ha voluto restringere il concetto del pavimento al suolo superiore, perchè altrimenti quella frase sarebbe una superfetazione, essendo risaputo che sul pavimento si cammina. Eppure la bisogna va diversamente, dacchè quell'incidente si trova consacrato pure nei codici, sotto il cui dominio campeggiava una giurisprudenza contraria; e per verità non si cammina meno sul pavimento risguardato come semplice suolo, che sul pavimento preso con la congegnatura sottoposta. E la cosa ci par troppo ovvia sotto il rapporto filologico, perchè quell'incidente vale a determinare *uno dei pavimenti fra gli altri.* Logicamente poi, l'idea della limitazione proviene dalla nuova soggiunta fatta dal codice patrio, consistente nelle parole: *le vôlte, i solai ed i soffitti che coprono i luoghi di sua proprietà.*

Ma questi leggieri appunti nulla retraggono al merito del pronunziato di quel Pretore, il quale pronunziato non è indegno di essere registrato accanto alle altre sentenze, di cui avanti abbiamo tenuto proposito.

Ed ecco assoluta la tesi nei confini che ci siamo imposti. Se ci si provasse che abbiamo preso abbaglio, non ne saremmo per questo sgomenti, anzi dovremmo saper grado a chi ci indicasse l'errore; ma se ci arridesse la fortuna di trarre nella nostra convinzione coloro che a questo riguardo sono ancora restii o perplessi, n'andremmo ben lieti.

LUIGI LASERRA.

APPENDICE XXIII.

La posizione giuridica del proprietario dell'ultimo piano

Sotto l'impero delle leggi civili dell'ex regno delle Due Sicilie fu aspramente dibattuta la quistione di sapere se il proprietario dell'ultimo piano avesse avuto il diritto di sopraedificare senza il consenso dei proprietari dei piani sottoposti.

Nell'assoluto silenzio di quelle leggi, fu quasi sempre, dai tribunali, ritenuta la negativa. Però si sentiva che eravi qualche

cosa di ripugnante in questo assoluto divieto, e quindi i tribunali, quando potevano, si rifugiavano negli elementi convenzionali, per concedere, per tacita o supposta convenzione, ciò che non credevano poter permettere la legge.

Ragione di questa deplorevole incertezza si era che tanto nel codice civile francese, che nelle abolite leggi civili dell'ex-regno la teorica delle servitù legali sulla materia non era esattamente determinata.

Egli è vero, che se la giurisprudenza anteriore al codice vigente si fosse informata ai principii del diritto universo avrebbe per natural conseguenza adottato il sistema consacrato nell'articolo 564 del nostro codice; poichè *non deve impedirsi*, osserva Cicerone nel suo trattato dei doveri, *ciò che giova altrui ed a te non nuoce.* Questo natural principio fu poscia da Paolo applicato nella materia delle servitù, *quod mihi quidem prodesse potest, ipsi verum nil nociturum est hoc aequitas suggerit etsi jure deficiamus* (L. 2, § 5 e 10, ff., *de aqua et aq. pluv. arc.*); da Ulpiano, in materia di evizione (L. 38 § *de evict.*), e finalmente dagli imperatori Teodosio e Valentiniano venne esteso a tutte le materie di diritto (L. 7, cod., *de precib. imp. offerend.*).

Laonde gli antichi magistrati, se presente avessero avuta questa massima incontestabile di diritto, avrebbero certamente giudicato essere lecito al proprietario dell'ultimo piano il sopraedificare, sempre che la sopraedificazione nessun danno avesse arrecato alla proprietà dei sottostanti.

Se però giudicarono differentemente, vuol dire che furon timidi, vuol dire, che, nel silenzio della legge, non osarono interrogare ed applicare i principii generali del diritto.

Il nuovo codice del Regno d'Italia, quantunque non sia espressione ultima della scienza giuridica, ha non pertanto sopravvanzato tutti gli altri prima esistenti. Molte quistioni ha risolute e molti nuovi istituti ha introdotti, che ci duole dovere dire, sono quasi rimasti inesplorati dalle menti tenaci alle vecchie tradizioni.

Tra gl'istituti, che il nostro codice prese a regolarizzare, fu quello del diritto di servitù legale del proprietario dell'ultimo piano. Una giurisprudenza così incerta e così mal fondata, non poteva reggere in Italia; e siccome nel diritto è difficilissima la creazione, così il legislatore fece rassegna di tutte le legislazioni sulla materia, e ben si avvide che doveva far ritorno al mirabile sistema fondato dalla sapienza romana. Non fu ardito ma conseguente a quei principii, che non gli permettevano di altrimenti disporre.

Egli è vero, che nel diritto romano non troviamo provveduto alla condizione dei proprietari degli ultimi piani, poichè le case di Roma non erano costrutte e divise come quelle d'oggidì, ma troviamo però stabiliti i principii, donde le conseguenze necessariamente scaturiscono.

Qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum, fu il principio del diritto romano, generatore del nostro articolo 440, nel quale è stabilito, che: « Chi ha la proprietà del suolo, ha pur quella dello spazio soprastante, e di tutto ciò che si trova sopra e sotto la superficie ».

Tuttavia, quantunque il suolo non può concepirsi separatamente da ciò che vi è sotto, e vi può esser sopra, a guisa di una superficie geometrica, pure la proprietà di queste cose può a persone diverse appartenere; imperciocchè può ad uno appartenere il *diritto di suolo*, area, come era denominata nella L. 21, § *de pign. act.;* ad altro la *superficie*, e ad un terzo la *parte sotterranea.*

I rapporti giuridici tra questi proprietarii, erano, nel diritto romano regolati o dalla legge o dal patto, e nel loro svolgimento, predominava la nota massima di Paolo. « *Quid mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nil nociturum est*, hoc equitas suggerit etsi iure deficiamur ».

Dopo aver concepita l'appartenenza delle cose suddette a persone diverse, il natural fatto della costruzione degli edifici ha fatto sorgere un concetto più ardito, cioè l'appartenenza anche a persone diverse dalle cose soprastanti al suolo: poichè i diversi piani di una casa possono appartenere a proprietari differenti.

In questo caso l'idea del suolo va concepita, distinta e separata dall'idea del *coelum;* e siccome questo è infinito, così sorge spontaneo il quesito della sua appartenenza.

A chi dunque si appartiene il *coelum*, quando sul suolo siasi edificata una casa a diversi piani, appartenenti a proprietari differenti?

Mettiamo una prima ipotesi, Tizio, proprietario di un suolo edificatorio, ha concesso, a fronte di un canone perpetuo, a Mevio, il diritto di edificare su quello, senza imporre alla concessione limite alcuno; è chiaro che costui può edificare quanti piani gli piace sul suolo censito. Il concedente, quando non ha limitato il diritto di edificare, non può opporsi alle sopraedificazioni.

La stessa cosa è a dirsi se Tizio abbia venduto a Mevio il suolo di che trattasi.

Seconda ipotesi. Mevio edifica un sol piano, e poscia vende a Caio il diritto di edificarne un secondo. Quando questo si è completato, se si volesse fare sorgere un terzo, a chi se ne apparterrebbe il diritto? Non al proprietario del suolo, poichè egli ha conceduto incondizionatamente o venduto il diritto di edificare su quello, egli perciò non ha più quel *coelum*, che ha venduto; non al proprietario del primo piano, poichè anch'egli ha venduto (e noi supponiamo incondizionatamente) ad altri il *coelum*; dunque lo potrà soltanto il proprietario del secondo piano. E così è da dirsi successivamente per gli altri, quando

però nella vendita del *coelum* non si fosse, per patto, stipulato il divieto di sopraedificare altri piani.

Terza ipotesi. Il suolo è comune, od, in mancanza di titolo, è presunto comune. Non vi è stipulazione che faccia divieto di sopraedificare. Chi potrà farlo? Evidentemente colui cui si appartiene il *coelum;* or, a chi si appartiene il *coelum?* Incontestabilmente al proprietario dell'ultimo piano.

Insomma il *coelum* è una proprietà come ogni altra, cioè il diritto di godere e disporre delle cose *nella maniera più assoluta,* purchè non se ne faccia un uso vietato dalle leggi o dai regolamenti (art. 436). E questa limitazione nel caso nostro, è scritta nell'art. 564, ove è detto: « Il proprietario dell'ultimo piano di una casa non può senza il consenso dei proprietari degli altri piani, alzare nuovi piani e nuove fabbriche *eccettuate quelle costituenti parapetti di lastrici solari, qualora possa derivarne danno al valore della proprietà degli altri* ».

Dalla quale disposizione si raccoglie, che la facoltà del proprietario dell'ultimo piano di elevare nuovi piani o nuove fabbriche sia subordinata ad una delle due condizioni; cioè, o al consentimento dei proprietari degli altri piani, ovvero al nessun possibile danno al valore della loro proprietà.

E la servitù *oneris ferendi,* si dirà, può essere imposta agli altri piani, senza il consentimento del proprietarii dei medesimi? Non può negarsi, che se voi, proprietario dell'ultimo piano, sopraedificate al vostro un altro piano, questo non si appoggia soltanto all'ultimo, ma benanche al primo, al secondo, al terzo, e quindi sembra, che da questo lato la legge, per serbare incolume il diritto di proprietà del *coelum,* invada il diritto alla libertà del rispettivo dominio, poichè questo non può dirsi pieno, quando sia gravato della servitù *oneris ferendi.*

Ma, a prescindere che quella della proprietà dell'ultimo piano sarebbe una servitù legale, nascente dalla situazione dei luoghi, dettata dalla legge a ragione del pubblico interesse, che rende perciò irreprensibile il legislatore, non può dirsi che essa generi vera e propria servitù *oneris ferendi,* poichè il nuovo piano non poggia immediatamente che sull'ultimo; per gli altri piani non è che uno innocuo maggior peso su mura indivise.

D'altronde, non è nuovo nelle leggi, che venuti in collisione due diritti, di guisa che l'uno non si possa esercitare senza manomettere l'altro, si preferisca l'osservanza di quello di maggior entità, o che meglio risponda al pubblico interesse.

Si aggiunge ancora in contrario: la copertura dell'ultimo piano è comune a tutt'i proprietari della casa; quindi allorchè il legislatore ha dato facoltà al proprietario dell'ultimo piano di elevare nuovi piani o costruire nuove fabbriche, ha contravvenuto alle leggi sulla comunione.

Questa è una fallace idea, poichè la comunione dei lastrici, per esempio, che ricoprono la casa, dipendendo dall'utilità della

destinazione, consegue, che coloro tra i proprietari che non godono dell'uso di essi, non ne hanno che una comunione del tutto *passiva,* imperciocchè la comunione *attiva* è quella che deriva dall'uso. Se così non fosse, la sopraedificazione non sarebbe mai permessa, da che la copertura si reputa sempre comune. Il legislatore però, per ragioni edilizie, nell'art. 564 non ricusa la sopraedificazione nel caso della comunione così detta passiva.

Si trae pure da ciò, che nel caso in cui i proprietari dei piani inferiori abbiano il godimento dei lastrici, per ragion di calpestio, nel senso di potervi ciascuno accedere per propria utilità, la sopraedificazione non può esser permessa; altrimenti il proprietario dell'ultimo piano, togliendo a quelli dei piani inferiori la facoltà di accedere ed usare, verrebbe ad appropriarsi la cosa altrui, e quel ch'è peggio, senza alcun compenso.

Premessi i principii di sopra esposti, la soluzione delle varie quistioni, che possono sorgere sulla materia, si rende facilissima. Primamente, supponiamo che, per fatto i lastrici solari di una casa si trovassero chiusi all'uso di tutti i proprietari della medesima, senza però che sia mai tra essi interceduta convenzione, con la quale si fosse espressamente stabilito, che l'accesso e l'uso dei lastrici rimaner dovesse interdetto a tutti; potrebbe il proprietario dell'ultimo piano accedere ed usare dei lastrici medesimi?

L'affermativa a noi sembra indubitata, sia per ragione del *coelum,* che è di pertinenza del proprietario dell'ultimo piano, sia perchè il nostro codice, creando una condizione speciale al proprietario dell'ultimo piano, sotto l'aspetto di servitù legale non presuppone, anzi esclude ogni concetto, che possano esservi lastrici chiusi all'uso di chicchessia, senza una espressa e formale stipulazione.

Gli argomenti in prova di questa verità si raccolgono evidenti dalle parole e dallo spirito della legge.

Invero, quando l'art. 564, che pur ha subordinato a condizioni il diritto di sopraedificare, non subordina a condizione veruna il diritto del proprietario dell'ultimo piano a costruire nuove fabbriche costituenti parapetto, dice troppo chiaramente, che questo proprietario ha sempre ed in ogni caso la facoltà di usare dei lastrici, dice insomma, che il suo diritto deriva direttamente dalla legge, e ch'è assoluto; altrimenti la libera facoltà di fare i parapetti sarebbe un mezzo senza il fine. Nè ad altro oggetto può dirsi che possono esser fatti i parapetti, quando ognun sa che questi stanno a guardia della persona.

Inoltre, la legge, nell'indicato articolo 564, non concede al proprietario dell'ultimo piano soltanto il diritto di alzare nuovi piani, ma gli concede pur quello di alzare *nuove fabbriche;* espressione questa di un significato indefinito, poichè le nuove fabbriche possono esser varie e di varia natura, come per es.,

una colombaja, una piccionaja, un cafeaus, ecc. — Or questa sopraedificazione sarebbe vana e senza scopo, quando il proprietario dell'ultimo piano non potesse usare dei lastrici sui quali queste fabbriche si fossero costruite.

In secondo luogo, supponiamo un'altra ipotesi, che si è verificata in una specie da noi giudiziariamente trattata. Cinque piani di una casa di recentissima costruzione, tanto che l'ultimo non è ancora ultimato, vengono espropriati a danno di un proprietario unico; posti in vendita a lotti distinti, vengono giudicati a cinque diversi proprietarii. La casa è coperta da lastrici solari, il cui accesso non è ad altri possibile, che al solo proprietario dell'ultimo piano, per l'interno de' suoi appartamenti, poichè la scala finisce dinanzi alle sue porte d'ingresso, dove incontra la chiusura completa del soffitto.

Il perito, per stabilire il prezzo venale, quando ha descritto l'ultimo piano, che ha trovato incompleto, ha detto: *coperto da lastrici solari accessibili* solo *con scale a pioli.*

Or, si domanda: può questa formola adoperata dal perito, che sembra contenere una certa limitazione, frangere il voto della legge, e sovvertire tutt'i principii su' quali essa è basata?

Prescindiamo dal fatto, per cui è chiaro, che trattandosi di un piano ancora in costruzione, quei mezzi di accesso non erano che temporanei, di guisa che, ultimata la costruzione, quelle scale a pioli, il proprietario, dante causa, avrebbe convertito in scale fisse. Prescindiamo pure dall'induzione sicura, che trarre possiamo dal modo di costruzione per la quale siamo necessariamente indotti a ritenere, che l'unico proprietario, costruttore dell'intera casa, non avendo fatta continuare la scala comune sino ai lastrici solari, questi ha voluto sottrarre all'uso di tutti i piani, e riserbare soltanto all'uso dell'ultimo, dal cui interno ha cominciato già ad accedere con mezzi temporanei. Prescindiamo insomma dai fatti e dalle induzioni, e vediamo soltanto in diritto quanto valgono quelle parole.

Diciamo con sicurezza, non valgono a refrenare la forza della legge. La situazione dei luoghi non è mutata. La chiusura dei lastrici, in modo legittimo, non è constatata. L'accesso non è negato. Una convenzione che ne avesse interdetto l'uso, non è svelata nè esiste. Si dirà dunque, che questi lastrici che, quantunque copertura comune, son tuttavia copertura diretta dall'ultimo piano, siano, in quanto all'uso, *res nullius?* Si dirà che vi si possa accedere, senza calpestare? Che si possano calpestare senza usarne?

Non ostante quelle parole del perito, che non hanno verun significato giuridico, ma che sono adoperate soltanto allo scopo di constatare un fatto, egli è certo che potrebbe il proprietario dell'ultimo piano, a senso dell'art. 564, far *nuove fabbriche*, potrebbe farvi una colombaja, un cafeaus; a che gioverebbero queste fabbriche, quando non ne potesse usare? A che servirebbero i parapetti, che può fare incondizionatamente, se non si potesse affacciare?

Diciamo di più, l'ultimo piano è diviso in tre appartamenti; or, adempiute le condizioni, se volesse sopraedificare è certo che non potrebbe venir costretto a sopraedificare su tutti gli appartamenti, egli potrebbe limitare la sopraedificazione ad un appartamento solo. Or, non sarebbe bizzarra l'idea che lo ammettesse a varcare i lastrici per accedere al nuovo appartamento superiore, senza poi poterne usarne?

Ecco dunque il sistema del nostro codice, ecco la genesi ed i principii generatori del nostro art. 564; se ne può per avventura dubitare?

Bisogna dunque scuotere il giogo delle vecchie irrazionali tradizioni del diritto anteriore; bisogna studiare ed applicare le nuove istituzioni, che il progresso dei tempi ha indotto il nostro legislatore a sanzionare, affinchè le bellezze del diritto odierno non restino incomprese ed inapplicate.

DOMENICANTONIO GALDI.

APPENDICE XXIV.

La teoria degli edifici comuni nel cod. civ. ital (1)

SOMMARIO.

1. Legislazioni diverse degli antichi Stati d'Italia le quali imperavano sugli edifici comuni.
2. Come le dette legislazioni varie sono unificate negli art. 562, 563 e 564 del nuovo codice civile italiano.
3. Passaggio degli edifici comuni dalle legislazioni precedenti alla nuova.

1. Sino alla promulgazione del codice civile in vigore, gli edifici comuni erano posti sotto l'imperio di legislazioni varie, e in gran parte diverse, nel territorio degli antichi Stati d'Italia. Sotto l'imperio del diritto romano negli Stati Pontificii, per

(1) Riproduciamo dall'anzicitato opuscolo del prof. SCALAMANDRÉ la parte che riguarda la nostra legislazione, cioè il cap. VII e ultimo, che ha per epigrafe: *Tutta la teoria dell'edificio comune si raccoglie nella interpretazione degli articoli 562, 563 e 564 del cod. civ. in vigore.*

l'art. 1 del Regolamento legislativo di Gregorio XVI papa; nel Granducato di Toscana, per l'editto del dì 14 novembre 1814; nel Ducato di Modena, per il n. 1 del tit. XVII del lib. I, e per il n. 1 del tit. IX del lib. II delle Costituzioni ducali; e finalmente nel regno Lombardo Veneto, per gli articoli 487 ed 855 e seguenti del *codice civile generale austriaco*. E ciò principalmente per la servitù *oneris ferendi*, a cui erano soggetti i piani inferiori dell'edificio, e per la facoltà data al proprietario del piano superiore di edificare altri piani a legale altezza.

L'art. 664 del codice civile francese aveva disposto:

« Quando i differenti piani di una casa appartengono a « più proprietarii, se i titoli di proprietà non determinano il « modo delle riparazioni, e ricostruzioni, devono questi farsi « nel modo che segue:

« I muri maestri, ed i tetti sono a carico di tutti i pro- « prietari, ciascuno in proporzione del valore del rispettivo « piano.

« Il proprietario di ciascun piano fa il pavimento, su cui « cammina.

« Il proprietario del primo piano forma la scala, che vi con- « duce; quello del secondo prosegue la scala dal primo al se- « condo piano; e così in seguito ».

Nè in quel codice si leggeva nessun'altra disposizione applicabile in ispecie agli edifici comuni.

E questo articolo del codice francese, si vedeva letteralmente riprodotto nell'articolo 664 del codice civile, ch'ebbe vigore nel Ducato di Lucca, e nell'art. 514 del codice civile, per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla.

L'articolo 585 della Parte prima del *Codice, per lo Regno delle due Sicilie*, mentre manteneva nella sua integrità la disposizione medesima, interpretando il significato della voce *pavimento*, vi aggiungeva le parole, che abbiamo ricordate di sopra. E dove è detto nel codice francese, che il proprietario fa il *pavimento* su cui cammina, chiariva il senso della parola *pavimento* con la espressione soggiunta « *come trovasi costrutto, o a volta, o a travi* ».

Finalmente l'articolo 584 del *Codice civile per gli Stati del re di Sardegna;* poichè valse di sostrato a' tre articoli del codice civile italiano, gioverà che in questo luogo sia trascritto per intero, e segnalando con la forma diversa dei caratteri le parti di esso articolo, le quali sono variate in questo ultimo codice:

« Art. 584. Quando i diversi piani di una casa appartengono « a più proprietari, se i titoli di proprietà non *determinano il* « *modo delle* riparazioni e ricostruzioni, devono queste farsi nel « modo che segue:

« I muri maestri ed i tetti sono a carico di tutti i proprie- « tari, *ciascuno* in proporzione del piano che gli appartiene;

« lo stesso è *degli* anditi, porte, pozzi, cisterne, acquedotti, ed « altre cose comuni a' *vari* proprietari: le latrine però sono a « carico comune in proporzione delle aperture d'immissione.

« Il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e « mantiene il pavimento su cui cammina, le volte, i solai e « soffitti *superiori de' membri di casa di sua spettanza.*

« *Il proprietario del piano immediatamente superiore al* « *piano terreno, forma e mantiene la porzione di scala che vi* « *conduce a partire dal piano terreno.*

« *Quello del piano superiore continua la scala a partire dal* « *piano immediatamente inferiore sino al suo proprio, e così di* « *seguito.*

« *Qualora un piano appartenga a vari proprietari, la spesa* « *della porzione di scala che vi conduce dal piano immedia-* « *tamente inferiore è ripartita secondo il valore della rispet-* « *tiva porzione dello stesso piano.*

« *Lo stesso riparto ha luogo per le scale in discesa alle can-* « *tine secondo il valore di queste.*

« *Le camere aventi l'accesso lungo le scale sono considerate* « *pel concorso nella spesa come formanti parti del piano su-* « *periore od inferiore cui sono più vicine.*

« Si considerano come piani di una casa i palchi morti e le « soffitte ».

Questo articolo del codice, per gli Stati Sardi, aggiunge molte parti, come si vede, al rispondente articolo 664 del codice francese; assai più per chiarirne il concetto, che non già per variarlo e immutarlo. Nulla vi aggiunge per i lastrici solari, nè per la facoltà di edificare su l'ultimo piano dell'edificio comune.

2. Nell'intendimento di ridurre ad unità le anzidette legislazioni, il codice civile italiano ha riformato l'articolo pur ora trascritto del codice Sardo, eliminandone le disposizioni relative alle scale comuni, e surrogandole con altre norme affatto nuove, e più concordanti col concetto moderno dell'edificio comune. Ha ritenuto questo concetto nel complesso de' suoi articoli 562, 563 e 564, e lo ha espresso benanche nella rubrica, sotto la quale questi articoli sono collocati, nella quale, in fuori de' muri e de' fossi, sono ancora espressamente indicati gli *edifici comuni.* E il concetto dell'edificio comune avrebbe ritenuto in tutta la sua purezza, se avesse emendata quella parte dell'articolo del suddetto codice Sardo, che tratta delle volte di copertura de' piani, nella quale è, per così dire, un frammento dell'antica servitù *oneris ferendi,* che intorbida alquanto il divisato concetto, ponendo nell'edificio puramente comune, qualche parte dell'edificio molteplice a modo romano; cioè della sovrapposizione di più edifici in un'area sola: sovrapposizione chiaramente erronea, perciocchè presuppone in un solo fondo la coesistenza di più superficie. Ha inoltre il nuovo codice utilmente accettata dalle legislazioni, le quali erano in osservanza

nella Toscana, in Modena, in Parma e negli altri Stati, che conservavano la tradizione romana, la disposizione, per la quale può elevarsi a maggiore altezza dal proprietario superiore l'edificio comune. Finalmente non ha omesso di provvedere al diritto de' lastrici solari, ed ha corrette alcune espressioni del codice Sardo alquanto ambigue, le quali facevano incerta la definizione de' vari piani dell'edificio, e la contribuzione delle spese comuni. L'aver distribuita in tre distinti articoli tutta la materia dell'edificio comune, che nei codici anteriori era raccolta in un articolo solo, migliora la forma estrinseca del dettato legislativo, e mostra nella forma stessa un indizio della ulteriore elaborazione, a cui la detta materia è stata sottoposta. In questa parte riguardante l'edificio comune prevale per tanto il nuovo codice civile sul diritto precedente, e sopra tutto per avere perfezionata con profonda riforma, riducendola a verità piena di evidenza, la ipotesi della scala comune. Dappoichè a differenza di tutte le legislazioni anteriori, la scala dell'edificio comune secondo il codice in vigore non contiene proprietà divise, nè servitù di passaggio; ma contiene in quella vece pure comunioni, ed usi dominicali e promiscui della cosa comune.

A prova delle cose dette sinora sarà opportuno trascrivere integralmente in questo luogo i tre indicati articoli del nuovo codice, ponendo in corsivo le voci e locuzioni di essi, che non si trovano nel codice Sardo:

« Art. 562. Quando i diversi piani di una casa appartengono « a più proprietari, e i titoli di proprietà non *provvedono circa* « *le* riparazioni e ricostruzioni, queste devono farsi nel modo « che segue:

« I muri maestri e i tetti sono a carico di tutti i proprietari « in proporzione del *valore del* piano che appartiene a ciascuno. « Lo stesso *ha luogo per gli* anditi, le porte, i pozzi, le cisterne, « gli acquedotti e le altre cose comuni a *tutti* i proprietari: le « latrine però sono a carico comune in proporzione *del numero* « delle aperture d'immissione.

« Il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e man- « tiene il pavimento su cui cammina, le volte, i solai e i sof- « fitti *che coprono i luoghi di sua proprietà.*

« *Le scale sono costrutte e mantenute da' proprietari dei di-* « *versi piani a cui servono, in ragione del valore di ciascun* « *piano.*

« Si considerano come piani di una casa *le cantine,* i palchi « morti e le soffitte *o camera a tetto.*

« Art. 563. *Le norme stabilite per la contribuzione delle* « *spese di riparazione o ricostruzione dei tetti di una casa* « *appartenente a più proprietari si osservano anche nei casi* « *di riparazione dei lastrici così detti solari.*

« *Ove l'uso dei medesimi non sia comune a tutti i proprie-* « *tari di una casa, quelli che hanno l'uso esclusivo di uno o*

« *più lastrici solari, per ragione del calpestio, sono tenuti a*
« *contribuire per una quarta parte della spesa delle ripara-*
« *zioni o ricostruzioni, e le altre tre quarte parti saranno a*
« *carico di essi e degli altri proprietari della casa, nella pro-*
« *porzione stabilita dall'articolo precedente, salve le particolari*
« *stipulazioni.*

« Art. 564. *Il proprietario dell'ultimo piano di una casa non*
« *può, senza il consenso dei proprietari degli altri piani, al-*
« *zare nuovi piani o nuove fabbriche, eccettuate quelle costi-*
« *tuenti parapetto di lastrici solari, qualora possa derivarne*
« *danno al valore della proprietà degli altri* ».

Tutta quanta la teoria legale degli edifici comuni, è contenuta in questi tre articoli del nuovo codice civile, e nella interpretazione di essi. La quale non può compiersi senza ravvicinarli alle disposizioni correlative; e principalmente a quelle, che si trovano scritte nello stesso codice sotto le rubriche *del diritto di accessione, delle servitù prediali della comunione, del possesso, dei delitti e dei quasi delitti, e della ipoteca legale.* Con la detta interpretazione hanno connessione visibile le altre disposizioni del codice di rito civile poste sotto le rubriche *della competenza per materia o valore,* in quanto si appartiene alla giurisdizione dei pretori; e della *denunzia di nuova opera o di danno temuto.*

3. La detta interpretazione è stata qui fatta nella forma, ch'è paruta più praticamente atta all'uso nelle convenzioni relative ai diritti dei comproprietari nell'edificio comune, in tutti gli altri atti stragiudiziali, e nei giudizi. Rimane soltanto a dire se, e come gl'indicati diritti abbiano patito mutazione alcuna nel passaggio loro da una legislazione all'altra. Intorno alla qual cosa è nota, e non manca di seguaci la opinione, che, non ostante qualunque legge nuova, agli edifici comuni è applicabile invariabilmente la legge del tempo, nel quale si fece la divisione tra i comproprietari (1). Ma questa opinione sembra troppo assoluta. In vero non tutti i diritti dell'edificio comune hanno la stessa origine; ed alcuni possono nascere e si derivano dalle convenzioni e stipulazioni, altri si derivano direttamente dalle disposizioni della legge.

Per i diritti della prima categoria, cioè dipendenti dalle stipulazioni e dal consenso, è uopo distinguere se manchi, od esista una stipulazione; nella esistenza della quale varrà senza dubbio l'antica regola *in stipulationibus id tempus spectatur quo contrahimus* (2). E, per quanto si trova espresso nella stipulazione esistente, la legge nuova non avrà forza retroattiva contro lo stipulato.

(1) Demolombe, XI, 442.
(2) L. 44, ff. *de R. J.*

Ma nel silenzio delle parti, o, ciò che torna a un medesimo, quando non esiste uno stipulato, o non se ne rinviene il titolo o la prova, o il titolo rinvenuto non provvede pienamente circa ogni diritto delle parti; appunto perchè il diritto è dipendente in tale ipotesi dal consenso, avrà vigore la legge posteriore, e non già la precedente. Dappoichè le parti, che dopo la promulgazione della legge nuova potevano consentire patti difformi dalla medesima, per tacito consenso si sono ad essa conformate. Così è legge nuova che colui, il quale abbia l'uso esclusivo del lastrico solare dell'edificio comune, debba concorrere, a causa del calpestio, erogando una quarta parte della spesa di riparazione o ricostruzione del lastrico. E, se non v'è stipulazione contraria, dovrà egli pagare questa quarta parte in virtù appunto della legge nuova; senza trovar difesa in nessuna legge anteriore.

Da un'altra parte i diritti dell'edificio comune, che appartengono alla seconda categoria, cioè quelli che nascono dalla legge, e non dal fatto e dalla volontà, sono immediatamente novati e immutati dalla legge posteriore. Tali sono i diritti dipendenti dai termini delle prescrizioni, e dai modi di acquistare e stabilire le servitù prediali. Ondechè poi l'articolo 81 delle *Disposizioni transitorie* distingueva nella sua ipotesi le servitù prediali, che, per la promulgazione del nuovo codice, rimarrebbero conservate; da quelle, che non avrebbero potuto stabilirsi altrimenti, se non già osservando la legge nuova, non quella del tempo delle stipulazioni.

Per diritto politico, siccome è noto, appartiene alla sovranità dello Stato, qualunque sia il magistrato che la rappresenti, l'esercizio dell'imperio eminente, e l'esercizio del dominio eminente. In virtù di questo dominio eminente, il legislatore prescrive i limiti e i modi a tutti i dominii e proprietà di ordine inferiore, demaniali, fiscali e patrimoniali. Or egli nella materia soggetta, esercitando il suo dominio eminente sui dominii patrimoniali o di diritto privato, con l'articolo 561 del codice civile, nell'antico territorio delle Due Sicilie, e in altre regioni d'Italia, ha trasferita la proprietà delle volte dal proprietario superiore all'inferiore, ha passata la scala dell'edificio comune dalle proprietà divise alle comunioni riunite, ed ha data al proprietario dell'ultimo piano la facoltà, che non aveva, di costruire sul piano stesso altri piani ed altre fabbriche. È chiaro, che niuno possa impedire gli effetti di questo nuovo diritto, che viene direttamente dalla legge nuova; e solo perchè il diritto medesimo non esisteva al tempo, in cui ebbe luogo la divisione dell'edificio tra i comproprietari, o tra coloro dai quali essi hanno causa. Farebbe anzi mestieri di una nuova convenzione tra le parti, perchè il proprietario dell'ultimo piano di un edifizio antico, ed anche vetustissimo, la cui divisione fu fatta da tempo immemorabile, o certo in epoca nella quale non aveva vigore la legge nuova, rinunziando ai beneficii di

questa legge imponesse al suo stabilé la servitù *altius non tollendi*. Lo stesso è a dire della proprietà delle due volte di copertura, poichè la legge istessa (benchè forse non opportunamente) la trasferisce dall'uno all'altro proprietario negli edifici presenti e nei futuri; e farebbe uopo di novello contratto posteriore alla legge, perchè potesse farsi altrimenti. Chè anzi, per quanto si appartiene alla scala comune dell'edificio comune, qualunque convenzione posteriore, od anche anteriore alla promulgazione del nuovo codice, non avrebbe alcuna efficacia contro gli effetti di questa promulgazione. Nè sotto l'imperio della legge nuovissima rimane altro modo, volendo che la scala comune si faccia propria, tranne quello dell'abbandono della comunione fatto per guisa da tutti i partecipanti, che l'uso della scala stessa rimanga esclusivamente a beneficio di un solo. Imperocchè la distinzione delle cose e de' beni, per la quale essi possono dirsi propri o comuni, è nella potestà del legislatore, e non già nella volontà delle persone private. Molti patti adunque stipulati anche in antico, e relativi all'edifizio comune, perdono vigore sotto l'imperio della legge nuova, e possono essere annullati *condictione ex lege*.

È ufficio proprio della interpretazione supplire al silenzio della legge. E coloro i quali trovano negli articoli 562, 563 e 564 cod. civ. taciuti molti casi dell'edificio comune, han a fare altro, che interpretarli? Taluni vorrebbero in quella vece, che il legislatore istesso li definisse. E non rammentano, che le novelle definizioni avrebbero anch'esse bisogno d'interprete. Le stesse interpretazioni più diffuse, nonchè le leggi, restano in parte silenziose. Sì che avendo noi data ogni opera a svolgere dai detti tre articoli tutte le norme che vi sono contenute, estendendole a tutte le ipotesi, a cui fossero applicabili, siamo nulla di meno convinti della necessità d'interpretazioni ulteriori, a cui darà occasione la serie indefinita dei fatti futuri. E perchè queste tornassero più agevoli a farsi, non vogliamo mancar di notare, che nel condurle a compimento farà mestieri assai spesso superare difficoltà nascenti, come la esperienza dimostra, or dalla forma, ed ora dal fondo stesso dei ripetuti articoli. Dal fondo principalmente, poichè il concetto puro dell'edificio comune, è oscurato spesso e conturbato dal diritto anomalo delle volte di copertura de' piani, del quale abbiam fatta più volte menzione. Dalla forma poi per la significazione dubbia di alcune voci. SOLAI e SOFFITTI, PALCHI MORTI e SOFFITTE: sono voci e locuzioni tramutate nel codice civile italiano dal codice Sardo, siccome si è già veduto di sopra. In questo codice Sardo, ebbero senso e significazione analoga alle rispondenti locuzioni e voci francesi, familiari nella Savoia e nel Piemonte. Conservando tali voci lo stesso valore nel codice italiano, indicano, come nel codice Sardo, le opere e costruzioni poste di tramezzo tra il calpestio di un piano dell'edifizio e la contignazione del pavimento del piano superiore.

Esse opere, costruite ordinariamente in legno, si tramezzano per lo più nella parte alta delle camere o stanze, delle quali sono accessorie, e delle quali coprono in tutto od in parte il pavimento. Possono essere riparate e ricostruite, eseguendo il lavoro nel piano, e nelle stanze istesse, nelle quali si trovano. *Solaio* presso di noi dinota volgarmente tutto il pavimento con la sua contignazione, alla quale si dà spesso il nome di *soffitta.* Ma, dove fu scritto il codice Sardo, *soffitta* e *solaio* esprimono più propriamente la *stanza a tetto* (in francese *galetas*). Esprimono e dinotano anche altre forme di *soffitte*, le quali il legislatore Sardo, e di poi l'italiano volendo indicare distintamente, sostituirono nei due codici alla parola *soffitta* il sostantivo mascolino *soffitto,* ch'è voce disusata. E per tanto, secondo i due codici, la *soffitta* o *stanza a tetto* (che qualche Napolitano ebbe a chiamare *camera a tetto*), può anche avere il suo proprio *soffitto.* In Francia e nella Savoia suole in fatti averlo di panconcelli incrostati di gesso; e non già orizzontale, ma della stessa forma interna del tetto, come rivestimento proprio, applicato all'armatura del tetto medesimo, la quale è comune nell'edificio comune, ed è la contignazione del tetto comune. *Soffitto* adunque e *solaio*, non è giammai contignazione di tetto o di pavimento, ed è quella forma di palco, la quale i Francesi chiamano *soupente, lambris, soffitte, entresol. Soupente* è palco ad uso di abitazione dei domestici, costruito assai spesso in legno, ed ammezzato nell'altezza delle cucine, delle scuderie, e simili. In italiano è detto *soppalco;* e poichè non copre tutto il pavimento, si appartiene anzi al genere dei *solai*, che a quello dei *soffitti.* Il *lambris* (in fuori di altre significazioni) è *soffitto.* Copre tutto il pavimento della camera o stanza, in cui si trova, ed è il palco di legno che le serve di cielo, rivestendo tutta intera la contignazione del pavimento superiore. *Soffitte* od anche *plafond*, è un *lambris* arricchito di scolture, dorature e dipinture. Si annovera per ciò tra i *soffitti,* e non già tra i *solai.* Può sibbene reputarsi *solaio* l'*entresol*, rispetto a tutto un piano dell'edificio, se non già rispetto a sola una stanza del medesimo. Esso in fatti tramezza l'altezza di due o più stanze di un piano, facendo atta all'abitazione la parte di esse più alta. È *solaio* meno ignobile dei *soppalchi.* Tutti gli altri spazii non accessorii de' piani, ed aventi pavimento proprio e covertura, sono *palchi morti,* se non sono *cantine* o *soffitte.* Delle voci anzidette di *solaio*, *soffitta* e *soffitto*, e de' loro sinonimi francesi, abbiamo attentamente, quanto per noi si poteva, tolta la significazione dal *Nuovo Dizionario* De Alberti. E darà maggior valore alle cose qui dette il ricordare, che Francesco De Alberti, nato a Villanova di Nizza, dedicò al Duca di Savoia suo sovrano la prima edizione del celebre *Dizionario*, il quale dovunque è in onore ed in uso, sin dalla sua prima pubblicazione, e più che altrove in Savoia e in Piemonte, che sono i luoghi di sua origine. Non pochi articoli del codice

Sardo lasciano chiaramente arguire, che gli scrittori di esso, nel dare sensi più certi a vocaboli di significazione dubbia, seguirono costantemente il DE ALBERTI. Nè può fare altrimenti chi, dovendo interpretare gli articoli stessi del detto codice, e gli articoli paralleli del codice civile italiano, voglia fuggire il pericolo di smarrire il vero tra lepidissimi equivoci.

G. SCALAMANDRÈ.

APPENDICE XXV.

Il divieto introdotto dagli articoli 556 e 572 cod. civ., di appoggiarsi con nuove costruzioni ai muri contigui di un edifizio destinato ad uso pubblico, non riguarda il comproprietario del muro comune in tutto od in parte, di cui è parola negli articoli 546, 551, 553 e 555 detto codice.

Il nostro legislatore, nell'art. 556 del cod. civ., dopo avere stabilito, che il proprietario di un fondo contiguo ad un muro ha la facoltà di renderlo comune in tutto od in parte, purchè lo faccia per tutta l'estensione della sua proprietà, pagando al proprietario del muro la metà dell'intero valore, o la metà del valore di quella parte che vuol rendere comune e la metà del valore del suolo sopra cui il muro è costrutto, ed eseguendo altresì le opere che occorressero per non danneggiare il vicino: soggiunge nel capoverso. Questa disposizione non si applica agli edifizii destinati all'uso pubblico (1).

Negli articoli 570 e 571 è stabilito: — Chi vuol fabbricare una casa, od un muro anche solo di cinta, può farlo sul confine della sua proprietà, salva sempre la facoltà al vicino di rendere il muro comune a norma dell'art. 555. — Quand'anche

(1) Sebbene il codice Napoleone serbi di ciò silenzio, è questo tuttavia in Francia, nota il SIREY, *principe constant.* Vedi Cass. 16 giugno 1856; Douai, 24 agosto 1865; Bordeaux, 5 aprile 1870. — Crediamo superfluo indicare la ragione per cui si debbono esimere dalla regola generale gli edifizi destinati all'uso pubblico.

una colombaja, una piccionaja, un cafeaus, ecc. — Or questa sopraedificazione sarebbe vana e senza scopo, quando il proprietario dell'ultimo piano non potesse usare dei lastrici sui quali queste fabbriche si fossero costruite.

In secondo luogo, supponiamo un'altra ipotesi, che si è verificata in una specie da noi giudiziariamente trattata. Cinque piani di una casa di recentissima costruzione, tanto che l'ultimo non è ancora ultimato, vengono espropriati a danno di un proprietario unico; posti in vendita a lotti distinti, vengono giudicati a cinque diversi proprietarii. La casa è coperta da lastrici solari, il cui accesso non è ad altri possibile, che al solo proprietario dell'ultimo piano, per l'interno de' suoi appartamenti, poichè la scala finisce dinanzi alle sue porte d'ingresso, dove incontra la chiusura completa del soffitto.

Il perito, per stabilire il prezzo venale, quando ha descritto l'ultimo piano, che ha trovato incompleto, ha detto: *coperto da lastrici solari accessibili* solo *con scale a pioli.*

Or, si domanda: può questa formola adoperata dal perito, che sembra contenere una certa limitazione, frangere il voto della legge, e sovvertire tutt'i principii su' quali essa è basata?

Prescindiamo dal fatto, per cui è chiaro, che trattandosi di un piano ancora in costruzione, quei mezzi di accesso non erano che temporanei, di guisa che, ultimata la costruzione, quelle scale a pioli, il proprietario, dante causa, avrebbe convertito in scale fisse. Prescindiamo pure dall'induzione sicura, che trarre possiamo dal modo di costruzione per la quale siamo necessariamente indotti a ritenere, che l'unico proprietario, costruttore dell'intera casa, non avendo fatta continuare la scala comune sino ai lastrici solari, questi ha voluto sottrarre all'uso di tutti i piani, e riserbare soltanto all'uso dell'ultimo, dal cui interno ha cominciato già ad accedere con mezzi temporanei. Prescindiamo insomma dai fatti e dalle induzioni, e vediamo soltanto in diritto quanto valgono quelle parole.

Diciamo con sicurezza, non valgono a refrenare la forza della legge. La situazione dei luoghi non è mutata. La chiusura dei lastrici, in modo legittimo, non è constatata. L'accesso non è negato. Una convenzione che ne avesse interdetto l'uso, non è svelata nè esiste. Si dirà dunque, che questi lastrici che, quantunque copertura comune, son tuttavia copertura diretta dall'ultimo piano, siano, in quanto all'uso, *res nullius?* Si dirà che vi si possa accedere, senza calpestare? Che si possano calpestare senza usarne?

Non ostante quelle parole del perito, che non hanno verun significato giuridico, ma che sono adoperate soltanto allo scopo di constatare un fatto, egli è certo che potrebbe il proprietario dell'ultimo piano, a senso dell'art. 564, far *nuove fabbriche*, potrebbe farvi una colombaja, un cafeaus; a che gioverebbero queste fabbriche, quando non ne potesse usare? A che servirebbero i parapetti, che può fare incondizionatamente, se non si potesse affacciare?

Diciamo di più, l'ultimo piano è diviso in tre appartamenti; or, adempiute le condizioni, se volesse sopraedificare è certo che non potrebbe venir costretto a sopraedificare su tutti gli appartamenti, egli potrebbe limitare la sopraedificazione ad un appartamento solo. Or, non sarebbe bizzarra l'idea che lo ammettesse a varcare i lastrici per accedere al nuovo appartamento superiore, senza poi poterne usarne?

Ecco dunque il sistema del nostro codice, ecco la genesi ed i principii generatori del nostro art. 564; se ne può per avventura dubitare?

Bisogna dunque scuotere il giogo delle vecchie irrazionali tradizioni del diritto anteriore; bisogna studiare ed applicare le nuove istituzioni, che il progresso dei tempi ha indotto il nostro legislatore a sanzionare, affinchè le bellezze del diritto odierno non restino incomprese ed inapplicate.

DOMENICANTONIO GALDI.

APPENDICE XXIV.

La teoria degli edifici comuni nel cod. civ. ital (1)

SOMMARIO.

1. Legislazioni diverse degli antichi Stati d'Italia le quali imperavano sugli edifici comuni.
2. Come le dette legislazioni varie sono unificate negli art. 562, 563 e 564 del nuovo codice civile italiano.
3. Passaggio degli edifici comuni dalle legislazioni precedenti alla nuova.

1. Sino alla promulgazione del codice civile in vigore, gli edifici comuni erano posti sotto l'imperio di legislazioni varie, e in gran parte diverse, nel territorio degli antichi Stati d'Italia. Sotto l'imperio del diritto romano negli Stati Pontificii, per

(1) Riproduciamo dall'anzicitato opuscolo del prof. SCALAMANDRÈ la parte che riguarda la nostra legislazione, cioè il cap. VII e ultimo, che ha per epigrafe: *Tutta la teoria dell'edificio comune si raccoglie nella interpretazione degli articoli 562, 563 e 564 del cod. civ. in vigore.*

l'art. 1 del Regolamento legislativo di Gregorio XVI papa; nel Granducato di Toscana, per l'editto del dì 14 novembre 1814; nel Ducato di Modena, per il n. 1 del tit. XVII del lib. I, e per il n. 1 del tit. IX del lib. II delle Costituzioni ducali; e finalmente nel regno Lombardo Veneto, per gli articoli 487 ed 855 e seguenti del *codice civile generale austriaco*. E ciò principalmente per la servitù *oneris ferendi*, a cui erano soggetti i piani inferiori dell'edificio, e per la facoltà data al proprietario del piano superiore di edificare altri piani a legale altezza.

L'art. 664 del codice civile francese aveva disposto:

« Quando i differenti piani di una casa appartengono a « più proprietarii, se i titoli di proprietà non determinano il « modo delle riparazioni, e ricostruzioni, devono questi farsi « nel modo che segue:

« I muri maestri, ed i tetti sono a carico di tutti i pro- « prietari, ciascuno in proporzione del valore del rispettivo « piano.

« Il proprietario di ciascun piano fa il pavimento, su cui « cammina.

« Il proprietario del primo piano forma la scala, che vi con- « duce; quello del secondo prosegue la scala dal primo al se- « condo piano; e così in seguito ».

Nè in quel codice si leggeva nessun'altra disposizione applicabile in ispecie agli edifici comuni.

E questo articolo del codice francese, si vedeva letteralmente riprodotto nell'articolo 664 del codice civile, ch'ebbe vigore nel Ducato di Lucca, e nell'art. 514 del codice civile, per gli Stati di Parma, Piacenza e Guastalla.

L'articolo 585 della Parte prima del *Codice, per lo Regno delle due Sicilie*, mentre manteneva nella sua integrità la disposizione medesima, interpretando il significato della voce *pavimento*, vi aggiungeva le parole, che abbiamo ricordate di sopra. E dove è detto nel codice francese, che il proprietario fa il *pavimento* su cui cammina, chiariva il senso della parola *pavimento* con la espressione soggiunta « *come trovasi costrutto, o a volta, o a travi* ».

Finalmente l'articolo 584 del *Codice civile per gli Stati del re di Sardegna;* poichè valse di sostrato a' tre articoli del codice civile italiano, gioverà che in questo luogo sia trascritto per intero, e segnalando con la forma diversa dei caratteri le parti di esso articolo, le quali sono variate in questo ultimo codice:

« Art. 584. Quando i diversi piani di una casa appartengono « a più proprietari, se i titoli di proprietà non *determinano il* « *modo delle* riparazioni e ricostruzioni, devono queste farsi nel « modo che segue:

« I muri maestri ed i tetti sono a carico di tutti i proprie- « tari, *ciascuno* in proporzione del piano che gli appartiene;

« lo stesso è *degli* anditi, porte, pozzi, cisterne, acquedotti, ed
« altre cose comuni a' *vari* proprietari: le latrine però sono a
« carico comune in proporzione delle aperture d'immissione.

« Il proprietario di ciascun piano o porzione di esso fa e
« mantiene il pavimento su cui cammina, le volte, i solai e
« soffitti *superiori de' membri di casa di sua spettanza.*

« *Il proprietario del piano immediatamente superiore al*
« *piano terreno, forma e mantiene la porzione di scala che vi*
« *conduce a partire dal piano terreno.*

« *Quello del piano superiore continua la scala a partire dal*
« *piano immediatamente inferiore sino al suo proprio, e così di*
« *seguito.*

« *Qualora un piano appartenga a vari proprietari, la spesa*
« *della porzione di scala che vi conduce dal piano immedia-*
« *tamente inferiore è ripartita secondo il valore della rispet-*
« *tiva porzione dello stesso piano.*

« *Lo stesso riparto ha luogo per le scale in discesa alle can-*
« *tine secondo il valore di queste.*

« *Le camere aventi l'accesso lungo le scale sono considerate*
« *pel concorso nella spesa come formanti parti del piano su-*
« *periore od inferiore cui sono più vicine.*

« Si considerano come piani di una casa i palchi morti e le
« soffitte ».

Questo articolo del codice, per gli Stati Sardi, aggiunge molte parti, come si vede, al rispondente articolo 664 del codice francese; assai più per chiarirne il concetto, che non già per variarlo e immutarlo. Nulla vi aggiunge per i lastrici solari, nè per la facoltà di edificare su l'ultimo piano dell'edificio comune.

2. Nell'intendimento di ridurre ad unità le anzidette legislazioni, il codice civile italiano ha riformato l'articolo pur ora trascritto del codice Sardo, eliminandone le disposizioni relative alle scale comuni, e surrogandole con altre norme affatto nuove, e più concordanti col concetto moderno dell'edificio comune. Ha ritenuto questo concetto nel complesso de' suoi articoli 562, 563 e 564, e lo ha espresso benanche nella rubrica, sotto la quale questi articoli sono collocati, nella quale, in fuori de' muri e de' fossi, sono ancora espressamente indicati gli *edifici comuni.* E il concetto dell'edificio comune avrebbe ritenuto in tutta la sua purezza, se avesse emendata quella parte dell'articolo del suddetto codice Sardo, che tratta delle volte di copertura de' piani, nella quale è, per così dire, un frammento dell'antica servitù *oneris ferendi,* che intorbida alquanto il divisato concetto, ponendo nell'edificio puramente comune, qualche parte dell'edificio molteplice a modo romano; cioè della sovrapposizione di più edifici in un'area sola: sovrapposizione chiaramente erronea, perciocchè presuppone in un solo fondo la coesistenza di più superficie. Ha inoltre il nuovo codice utilmente accettata dalle legislazioni, le quali erano in osservanza

minore, di rimanere esposto al diritto di *medianza*. Il secondo caso è di costruzioni già fatte da una parte sola a distanza minore di un metro e mezzo sotto l'impero di leggi anteriori. Il diritto acquisito nasce dall'uso di una facoltà legale per fatti dell'uomo; l'altro poteva anch'egli fabbricare alla stessa distanza, ma nol fece, non acquistò diritto, le semplici facoltà inerenti per legge alle persone ed alle cose sono rivocabili dalla legge, epperò l'altro vicino che intraprende di fabbricare dopo la nuova legge, sarà omai tenuto di osservare la nuova e maggiore distanza sufficiente a compiere la larghezza intermedia di tre metri che è nel disegno della legge medesima. — Il sistema contrario che permetta al nuovo costruttore l'avanzamento e il diritto di *medianza*, cioè il diritto di acciecare un numero indefinito di case già costrutte in città, sobborghi, borghi e villaggi in tutta l'estensione del regno, di distruggere per tal modo una parte incalcolabile della ricchezza pubblica, con perturbazioni infinite delle famiglie delle loro abitazioni, e dei diritti acquisiti, ed anche in danno dell'igiene pubblica, la quale ama, più che il congiungimento delle case, le frequenti e spaziose vie, la salubrità e la circolazione dell'aria, tutto questo è tal sistema, che non venne, nè poteva venire in pensiero a nessun legislatore civile. — Resta la terza considerazione delle intercapedini già esistenti per aver entrambi i proprietari costrutto a breve distanza sotto l'impero delle leggi anteriori. Le leggi edilizie, i piani regolatori locali delle ricostruzioni e riparazioni, le spropriazioni particolari per causa di pubblica utilità, e l'aiuto del tempo, al quale ogni progresso, così materiale come morale, è necessariamente affidato, sono i mezzi più appropriati a far scomparire man mano le dette intercapedini; leggi civili sull'avanzamento, con diritto di *medianza*, sono per questo speciale effetto o impotenti, o arbitrarie ed ingiuste, ed anche dannose al pubblico: nulle ed impotenti, se i proprietari, come avverrà nella gran maggioranza dei casi, non amano di distruggere parte dei loro edifizi, per avanzarsi di poco intervallo; arbitrarie, ingiuste, o che le leggi permettano l'accecamento delle case vicine in modo assoluto, o che distinguano tra le finestre necessarie e le utili, consentendo senza indennità l'otturamento di queste; dannose alla pubblica igiene, promovendo le unioni di edifizi invece di allargare in vie spaziose le intercapedini ed i vicoli. — Ciò spiega il perchè il legislatore italiano non adoperò in questa parte nessuna regola di diritto civile, lasciò ad altre leggi di diritto pubblico la cura di far scomparire coi mezzi propri e col tempo le intercapedini già esistenti tra antichi edifizi, e si limitò, come ragion voleva, ad impedire la formazione d'intercapedini nuove, prescrivendo alle costruzioni future le opportune distanze (1) ».

---

(1) Sentenza del 7 febbraio 1872; Meroni C. Longoni. — Vedi *Annali dell giurisprudenza italiana*, anno 1872, P. I, p. 79.

Il supremo Collegio di Torino, all'inizio delle sue considerazioni, ricorda opportunamente una distinzione accolta dalla miglior parte degli scrittori circa l'impero della legge nel tempo. Le leggi che governano i fatti dell'uomo si applicano a quei soli fatti che si compiono dopo la pubblicazione della norma legislativa. — Al contrario le leggi che regolano lo stato ed i mutui rapporti giuridici, sia delle persone, sia delle proprietà, si applicano immediatamente, senza aver riguardo a tempo. In questo senso diceva Savigny, che in materia di servitù legali non vi sono *diritti quesiti* e la legge nuova spiega immediatamente i suoi effetti. « La nouvelle loi une fois rendue, les restrictions qu'elle apporte à la propriété existent partout où se rencontrent les conditions de fait exigées par la loi. En voici le motif. Les lois de cette espèce ont moins pour objet l'acquisition d'un droit que la constitution (la manière d'être) de la propriété, c'est à dire les conditions et les limites apportées à sa reconnaissance. Or le principe sur la non-retroactivité des lois ne s'applique pas aux règles de cette nature (1) ». Ma quando interviene il fatto dell'uomo, e da questo fatto promanano in virtù della legge conseguenze più o meno gravi, è chiaro che l'enunciata teorica non può trovare applicazione.

La dottrina seguìta dalla Corte suprema di Torino merita quindi di essere accolta senza esitazione. Essa è del tutto conforme ai dettami della scienza e trova solidissimo fondamento nel testo medesimo del codice italiano, che su tal punto si discostava dalle norme adottate nel Codice albertino.

GIOVANNI LOMONACO.

---

(1) *Droit romain*, § 390. Vedi pure PARDESSUS (*Servitudes*, II, 343), e le altre autorità citate dai dotti annotatori degli *Annali della giurisprudenza italiana*, (anno 1870, P. II, pag. 238). — Il GABBA, nella sua *Teoria delle retroattività delle leggi* (Vol. I, Lib. II, Cap. I), così definisce il *diritto acquisito*: « È diritto acquisito ogni diritto, che *a*) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo in virtù della legge del tempo in cui il fatto venne compiuto, benchè l'occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell'attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che *b*) a termini della legge sotto l'impero della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato ». Questa definizione è completa e pratica nel medesimo tempo. È completa dal lato della sua origine, come da quello della sua attinenza coll'interesse dell'individuo. È pratica, perchè si riguarda il diritto acquisito nella speciale opportunità della definizione per gli studi intorno alla retroattività delle leggi. — Niun dubbio quindi che la definizione del *diritto acquisito* data dal GABBA, vuolsi preferire a quelle che ne porsero lo CHABOT DE L'ALLIER, il BLONDEAU, il MEYER, il REINHARDT, il DEMOLOMBE, il SAVIGNY, il CHRISTIANSEN, ecc.